COLLANA FILANGIERI
DI SCIENZE POLITICHE E GIURIDICHE

PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT
Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME VIII

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
1898

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO IV.

DELLE SERVITÙ O SERVIZI PREDIALI (*Continuazione*).

CAPITOLO III. — Delle servitù legali.

Sezione III. — *Delle servitù legali di utilità privata.*

§ III. — *Delle piantagioni.*

N. 1. — *Della distanza.*

N. 2. — *Sanzione. Prescrizione.*

N. 2. — *Delle misure prescritte nell'interesse privato.*

N. 3. — *Dei fossati.*

§ V. — *Delle luci e finestre sulle proprietà del vicino.*

N. 1. — *Costituiscono una servitù ed a carico di qual fondo?*

N. 2. — *Delle luci e delle vedute di diritto.*

I. — *Principii generali.*

II. — *Delle luci.*

III. — *Delle vedute.*

N. 3. — *Delle luci e vedute di servitù.*

I. — *Principio.*

II. — *Conseguenze del principio.*

§ VI. — *Dello stillicidio.*

§ VII. — *Della servitù di passaggio.*

N. 1. — *Condizioni.*

I. — *Chi può reclamare il passaggio.*

II. — *Della interchiusura.*

III. — *Obbietto del passaggio legale.*

IV. — *Su quali fondi può essere reclamato il passaggio?*

N. 3. — *Effetti della servitù di passaggio.*

N. 4. — *Estinzione della servitù.*

§ VIII. — *Del diritto di scala.*

CAPITOLO IV. — Delle servitù stabilite pel fatto dell'uomo.

Sezione I. — *Divisione delle servitù.*

§ I. — *Delle servitù urbane e rustiche.*

§ II. — *Delle servitù continue e discontinue.*

N. 1. — *Definizione.*

N. 2. — *Applicazione.*

§ III. — *Delle servitù apparenti e non apparenti.*

N. 1. — *Definizione.*

N. 2. — *Applicazione.*

§ IV. — *Delle servitù positive e negative.*

SEZIONE II. — *Come si costituiscono le servitù.*

§ I. — *Del titolo.*

N. 1. — *Forme.*

I. — *Tra le parti è necessaria una scrittura?*

II. — *È necessaria una scrittura riguardo ai terzi?*

N. 2. — *Chi può costituire una servitù?*

I. — *Bisogna essere proprietario.*

II. — *Capacità di alienare.*

N. 3. — *Chi può acquistare una servitù?*

N. 4. — *Modalità.*

§ II. — *Destinazione del padre di famiglia.*

N. 1. — *Definizione.*

N. 2. — *Quali servitù possono acquistarsi per destinazione?*

N. 3. — *Del caso contemplato dall'articolo 694.*

N. 4. — *Effetti della destinazione.*

§ III. — *Prescrizione.*

N. 1. — *Principî generali.*

N. 2. — *Quali servitù s'acquistano per prescrizione?*
I. — *Principio.*

II. — *Applicazione.*

b) *Del passaggio a titolo di proprietà.*

Sezione III. — *Dell'esercizio delle servitù.*

§ I. — *Quali servitù possono essere costituite.*

§ II. — *Del modo di esercitare le servitù.*

N. 1. — *Del titolo.*

I. — *Principio d'interpretazione.*

N. 2. — *Delle servitù accessorie.*

N. 3. — *Restrizione dei diritti del proprietario del fondo dominante.*

I. — *Restrizione risultante dall'obbietto della servitù.*

§ V. — *Effetti della divisione del fondo dominante e del fondo serviente.*

N. 1. — *Divisione del fondo dominante.*

N. 2. — *Divisione del fondo serviente.*

§ VI. — *Delle azioni che nascono dalle servitù.*

SEZIONE VI. — *Come si estinguono le servitù.*

§ I. — *Del caso preveduto dagli articoli 703 e 704.*

§ II. — *Della confusione.*

§ III. — *Del non uso.*

N. 1. — *Durata della prescrizione.*

N. 2. — *Della prova.*

N. 3. — *Effetti della prescrizione.*

N. 4. — *Influenza della indivisibilità sulla prescrizione.*

N. 5. — *Prescrizione del modo della servitù.*

I. — *Principio.*

II. — *Applicazione.*

§ IV. — *Delle cause di estinzione non prevedute dalla Sezione IV.*

N. 1. — *Decorrenza del tempo. Risoluzione. Rivocazione.*

N. 2. — *Della rinuncia.*

N. 3. — *Dell'espropriazione per causa di pubblica utilità.*

APPENDICE AL LIBRO II DEL CODICE NAPOLEONE

TITOLO V.

DELL'ENFITEUSI.

CAPITOLO I. — NOZIONI GENERALI.

§ I. — *Origine dell'enfiteusi.*

§ II. — *Caratteri dell'enfiteusi.*

§ III. — *L'enfiteusi e la locazione.*

§ II. — *Diritto di godimento.*

CAPITOLO IV. — OBBLIGAZIONI DELL'ENFITEUTA.

§ I. — *Del canone.*

§ II. — *Obblighi dell'enfiteuta.*

CAPITOLO V. — DIRITTI ED OBBLIGHI DEL PROPRIETARIO.

§ I. — *Diritti del proprietario.*

§ II. — *Obbligazioni del proprietario.*

CAPITOLO VI. — Estinzione dell'enfiteusi.

§ I. — *Della confisca enfiteutica.*

§ II. — *Dell'abbandono.*

§ III. — *Dell'abuso di godimento.*

§ IV. — *Della perdita del fondo.*

§ V. — *Decorrenza del tempo.*

TITOLO VI.

DEL DIRITTO DI SUPERFICIE.

CAPITOLO I. — NOZIONI GENERALI.

§ I. — *Definizione.*

§ II. — *Caratteri del diritto di superficie.*

CAPITOLO II. — COME SI COSTITUISCE IL DIRITTO DI SUPERFICIE.

CAPITOLO III. — DIRITTI ED OBBLIGHI DEL SUPERFICIARIO.

§ 1. — *Diritti.*

N. 1. — *Diritto di disposizione.*

LIBRO III.

DEI DIVERSI MODI DI ACQUISTARE LA PROPRIETÀ.

DISPOSIZIONI GENERALI.

TITOLO I.

DELL'OCCUPAZIONE.

CAPITOLO I. — Della caccia.

CAPITOLO II. — Della pesca.

CAPITOLO III. — Della invenzione.

§ 1. — *Del tesoro.*

N. 1 — *A chi appartiene il tesoro?*

TITOLO II.

DELLE SUCCESSIONI.

INTRODUZIONE.

CAPITOLO I. — LE SUCCESSIONI SONO DI DIRITTO NATURALE?

CAPITOLO II. — DELLA SUCCESSIONE LEGITTIMA E TESTAMENTARIA.

CAPITOLO III. — LA SUCCESSIONE ROMANA E LA SUCCESSIONE CONSUETUDINARIA.

§ I. — *Il sistema romano.*

§ II. — *Il sistema consuetudinario.*

N. 1. — *Il principio.*

I. — *I diritti della famiglia.*

II. — *I privilegi.*

N. 2. — *Apprezzamento.*

I. — *Della comproprietà di famiglia.*

II. — *Dei privilegi.*

CAPITOLO IV. — LEGISLAZIONE RIVOLUZIONARIA.

§ I. — *L'eguaglianza.*

§ II. — *La legge di nevoso.*

CAPITOLO V. — IL CODICE CIVILE.

TITOLO III.

DELLE SUCCESSIONI.

CAPITOLO I. — DELL'APERTURA DELLE SUCCESSIONI.

SEZIONE I. — *Quando si aprono.*

§ I. — *Prova della morte.*

N. 1. — *Il diritto comune.*

N. 2. — *Dei commorienti.*

Sezione II. — *Ove s'aprono le successioni.*

CAPITOLO II. — DELLE QUALITÀ RICHIESTE PER SUCCEDERE.

SEZIONE I. — *Delle persone incapaci di succedere.*

§ I. — *Di quelli che non esistono.*

N. 1. — *Del fanciullo non ancora concepito.*

I. — *Principio.*

II. — *Prova del concepimento.*

N. 2. — *Del nato morto.*

N. 3. — *Dell'infante non vitale.*

§ II. — *Degli stranieri.*

N. 1. — *L'antico diritto e la nuova legislazione.*

N. 2. — *Disposizione eccezionale della legge del 1865.*

I. — *In quali casi si fa luogo al prelevamento?*

II. — *Sovra quali specie di successioni si esercita il prelevamento?*

INDICE DELLE APPENDICI

TITOLO IV.

Delle servitù o servizi prediali (*continuazione*).

CAPITOLO III.

DELLE SERVITÙ LEGALI (*continuazione*).

SEZIONE I. — Delle servitù legali di utilità privata (*Continuazione*).

§ III. — *Delle piantagioni.*

N. 1. — Della distanza.

1. L'art. 671 è così concepito: « Non è permesso di piantare alberi di alto fusto se non alla distanza prescritta dai regolamenti particolari attualmente in vigore, o dalle consuetudini locali costanti e notorie; ed in mancanza degli uni e delle altre alla distanza di due metri dalla linea di confine di due fondi per gli alberi d'alto fusto, e d'un mezzo metro per gli altri alberi e siepi vive ». Perchè il proprietario non può fare alcuna piantagione sul limite preciso che separa il suo fondo da quello del suo vicino? Egli può, per vero, fare sul suo terreno ciò che gli piace, ma non inoltrarsi, colle sue opere, sovra l'altrui. Ora, se egli piantasse, sul confine del suo fondo, un albero o una siepe, questi, col crescere, si estenderebbero sul fondo contiguo; il corpo dell'albero e della siepe si troverebbe in parte sopra un fondo che non appartiene a chi lo ha piantato, e le radici penetrerebbero nel suolo altrui. Per impedire questa usurpazione, fu necessario regolare la distanza che deve separare le piantagioni dal fondo contiguo. Questa distanza è calcolata in modo che gli alberi e le siepi, non ostante il loro naturale accrescimento, non giungono mai ad inoltrarsi sulla proprietà del vicino.

2. Venne giudicato che l'art. 671 stabilisce una presunzione legale di proprietà a favore di quello tra i vicini che ha piantato la siepe, vale a dire che costui è reputato proprietario della porzione di terreno, la quale costituisce la distanza che ha dovuto lasciare a norma della legge o dei regolamenti, fra la

piantagione ed il fondo vicino (1). Ma oggidì la giurisprudenza si è determinata per l'opinione contraria: su di che non vi ha dubbio alcuno. Che s'intende per presunzione legale? Ma certamente quella stabilita dalle legge. L'art. 1350 enumera le diverse ipotesi di presunzione legale: a termini del n. 2 vi sono casi nei quali la legge dichiara che la proprietà risulta da talune circostanze determinate. Così accade delle presunzioni di comunione stabilite dagli articoli 653, 666 e 670, e delle presunzioni contrarie scritte negli articoli 654 e 667. Basta leggere l'art. 671 per convincersi che non vi si accenna menomamente ad una presunzione di proprietà (2). Senza dubbio è probabile che il proprietario abbia osservato le distanze legali e che, per conseguenza, sia proprietario dei due metri o del mezzo metro che separano la sua piantagione dal fondo contiguo; ma il legislatore non ha elevata, e ragionevolmente, questa probabilità ad una presunzione. Infatti, avviene quotidianamente che, per tolleranza o per le relazioni di buon vicinato, il vicino permetta di piantare alberi o siepi sul limite di separazione dei due fondi; le presunzioni, se ve ne fossero, turberebbero questi buoni rapporti, poichè obbligherebbero il vicino ad attenersi strettamente al suo diritto per impedire qualunque usurpazione.

Dal non esistere la presunzione legale di proprietà, bisogna conchiudere, con la Corte di Bordeaux, che la questione di proprietà sarà decisa secondo i principii generali, dal titolo o dalla prescrizione (3). La Corte di cassazione ha giudicato che nella specie vi fosse una di quelle presunzioni dette dell'uomo, poichè la legge le lascia al prudente arbitrio del magistrato (4). Ma anche con ciò si va troppo oltre: non si può dire *a priori* che in tal caso vi sia presunzione dell'uomo, poichè tutto dipende dall'apprezzamento dei fatti della causa, ed anche quando vi è una di queste presunzioni, bisogna avvertire che il magistrato non può fondarvi la sua decisione se non nei casi in cui la legge ammette la prova testimoniale: è questa la formale disposizione dell'art. 1353.

3. L'art. 671 dice che non è permesso di *piantare* alberi e siepi se non alla distanza prescritta dalle leggi e dai regolamenti. Proudhon dice che quest'espressione *piantare* indica in modo ben chiaro che non si tratta se non degli alberi piantati dalla mano dell'uomo e non di quelli che crescono spontaneamente (5). Quest'opinione è rimasta isolata; essa s'attiene troppo

---

(1) Colmar, 6 aprile 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 651) e 18 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 2, 224).
(2) Sentenza di rigetto del 22 giugno 1863 (Dalloz, 1864, 1, 123).
(3) Bordeaux, 6 gennaio 1857 (Dalloz, 1859, 5, 348).
(4) Sentenza di rigetto del 14 aprile 1852, (Dalloz, 1852, 1, 169).
(5) Proudhon, *Traité des droits d'usage*, edizione di *Curasson*, t. 1, pag. 610 n. 571.

servilmente alla lettera della legge. Se il testo non parla che d'alberi piantati, è perchè ha in vista il caso ordinario d'alberi fruttiferi che si piantano infatti, e le siepi, le quali, per loro stessa natura, richiedono l'opera dell'uomo. Ma se una quercia crescesse sulla linea di confine tra i due fondi, senza essere stata piantata, sarebbe questa una ragione perchè il vicino dovesse tollerare che l'albero estendesse il suo tronco, i suoi rami e le sue radici nel proprio fondo? L'usurpazione sarebbe forse legittimata dall'essere il fatto della natura? Ciò non è serio. Chi conserva un albero nato naturalmente ad una distanza minore della legale, fa proprio il fatto della natura, e quindi risponde delle sue conseguenze (1).

4. Una questione più seria è quella di conoscere se, nell'applicazione dell'art. 671, si debba far differenza tra i fondi urbani e i fondi rustici. Nell'antico diritto, questa distinzione trovava dei partigiani. Pothier ne proponeva un'altra: siccome lo spirito della legge è quello d'impedire che le radici rechino pregiudizio al vicino, egli ne conchiude che se il fondo contiguo sia un cortile od un fondo cui le radici non possono nuocere, il vicino non ha diritto di dolersi, mancando d'interesse (2). Il codice non riproduce alcuna di queste distinzioni: il che vuol dire che le respinge. A nostro avviso, il legislatore ha avuto ragione d'allontanarsi dalla dottrina di Pothier. Non si tratta soltanto d'una questione di pregiudizio, ma sopratutto d'una questione di diritto: l'uno dei vicini non può commettere usurpazioni sulla proprietà dell'altro, tanto nelle città, quanto nelle campagne, tanto sopra un cortile che sopra un altro fondo qualsiasi. La disposizione doveva esser dunque generale ed assoluta. Vi è una sentenza di questo senso (3).

L'applicazione dell'art. 671 alle città solleva alcune difficoltà. Se, in una città, fosse stato sempre consuetudine di far piantagioni sulla linea di confine dei fondi, bisognerebbe inferirne che non debba essere osservata alcuna distanza legale? Non mancano giudicati in questo senso (4), e (cosa singolare!) per la città di Parigi le sentenze sono contraddittorie nel fatto. In una si legge che i monumenti della giurisprudenza sono concordi nello stabilire che, nell'interno della città, nessuna distanza è stata mai imposta alla piantagione d'alberi; che l'uso costante è stato, al contrario, di piantare sino all'estremo limite dei giardini, salvo l'obbligo di potare le piantagioni se il vicino lo richieda (5). Un'altra sentenza dice che la distanza di tre piedi è

---

(2) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. II, p. 24, nota 1.

(1) POTHIER, *De la Société*, n. 242, e gli autori citati da DEMOLOMBE, t. XI, p. 548, n. 485.

(3) Nîmes, 14 giugno 1833 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 633).

(4) Bordeaux, 13 marzo 1860 (DALLOZ, 1861, 5, 448).

(5) Parigi, 27 agosto 1858 (DALLOZ, 1861, 5, 449).

stata consacrata dall'uso costante e notorio per la città di Parigi (1).

La dottrina è altrettanto incerta quanto la giurisprudenza. Demolombe dice benissimo che l'art. 671, non permettendo di piantare gli alberi che alla distanza prescritta dai regolamenti o dagli usi locali, include che vi sarà sempre una distanza determinata; questa può essere maggiore o minore di quella scritta nei codice civile pel caso di mancanza di regolamenti o d'usi, ma è necessario che vi sia una distanza qualunque, poichè, non essendovene, l'usurpazione sarà inevitabile, e per conseguenza il diritto di proprietà sarà violato. Dopo avere stabilito questo principio, Demolombe vi deroga per le città (2). Se, come noi crediamo, la distinzione dei fondi urbani e rustici vien respinta dalla legge e se questa richiede che vi sia sempre una distanza, bisogna decidere, senza punto esitare, che, dove manchi una speciale consuetudine, debba sempre essere applicato l'articolo 671, e che per conseguenza le piantagioni non potranno farsi che alla distanza legale di due metri o d'un mezzo metro. Non è permesso all'interprete di far distinzioni arbitrarie, quando queste condurrebbero a conseguenze contrarie ai principii: e, nella specie, essa restringerebbe il diritto di proprietà d'uno dei vicini a vantaggio dell'altro. La legge avrebbe potuto, diciamo anche più, avrebbe dovuto fare eccezione per le città. Come dice benissimo la Corte di Parigi nella sua sentenza del 1858, le piantagioni nell'interno delle grandi città sarebbero impossibili e lo diverrebbero sempre più, qualora si dovessero osservare le distanze prescritte dall'art. 671; ora, le piantagioni non servono solamente di diletto, sibbene interessano la pubblica salute. Ma queste considerazioni debbono essere rivolte al legislatore.

La questione che noi discutiamo presenta una nuova difficoltà. L'art. 671 sarà applicabile ai terreni cinti da muro? S'intende da sè che se vi hanno usi locali che modificano la legge, questi dovranno essere osservati. Desgodets dice che a Parigi esiste una consuetudine secondo la quale è concesso di fare piantagioni a tre piedi di distanza nei fondi cinti da muro (3). Ma se non vi è uso contrario, restiamo nei termini della legge. Questa non distingue tra fondi chiusi od aperti. È vero che il fatto è contrario, ma il fatto è di tolleranza, e la tolleranza non ingenera alcun diritto. Si è proposto di distinguere se gli alberi si elevano oppure no al disopra del muro che separa i

---

(1) Parigi, 17 febbraio 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 96).

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 553, n. 493; AUBRY e RAU, t. II, p. 211 e nota 2, e p. 213, nota 11. Una sentenza di Bourges, del 28 agosto 1826, decide che l'articolo 671 ha conservato tutti gli usi, anche quelli che non prescrivono alcuna distanza (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 639).

(3) DESGODETS, *Lois de bâtiments*, n. 23. Sentenza di Parigi del 2 dicembre 1820 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 635).

due fondi, distinzione razionalissima, ma che bisogna respingere poichè la legge non la consacra (1).

La nostra conclusione è che l'art. 671 non consente che si faccia una eccezione per le città. Tale è il diritto stretto. Le relazioni di buon vicinato lo modificano. Converrebbe, ci sembra, che la tolleranza introdotta dall'uso fosse consacrata dalla legge a titolo di servitù legale. Il rigore del diritto è incompatibile con le relazioni che il vicinato crea nelle città, ed è necessario che il diritto si ponga d'accordo con la realtà delle cose.

5. I fondi rurali possono essere di diversa natura; si dovrà tener conto della differenza di coltura? La Corte di cassazione ha deciso « che l'art. 671 estende la sua protezione al fondo vicino, qualunque ne siano la natura ed il modo di godimento senza alcuna distinzione ». Questa decisione consacra i principii che noi siamo venuti esponendo. Si è preteso, ed è stato anche giudicato in tal senso, che il vicino non aveva diritto a dolersi quando non soffriva alcun pregiudizio. A dire il vero, la disposizione dell'art. 671 è una sanzione del diritto di proprietà, e la proprietà dev'essere rispettata, astrazion fatta da un danno purchessia. Nella specie decisa dalla Corte di cassazione, esisteva fra i due fondi una via rurale larga oltre due metri; si sosteneva che questa via fosse una pertinenza del fondo dell'attore, semplicemente affetta d'una servitù di passaggio. È evidente che se così era, gli alberi piantati contro la strada non potevano nuocere alla coltivazione dell'attore, poichè il terreno gravato dalla servitù non può essere coltivato. Poco importa, dice la Corte di cassazione; infatti, l'art. 671 non ha il suo fondamento nel pregiudizio che eventualmente possa risultare dalle piantagioni: generale ed assoluto nei suoi termini, lo è altresì nel suo spirito (2).

Ciò risolve pur la questione di sapere se la disposizione dell'art. 671 è applicabile ai boschi, quando uno dei fondi sia boscoso o lo siano entrambi. Giusta i principii stabiliti dal codice civile, la questione non può essere dubbia. Come dice la Corte di cassazione, i boschi e le foreste sono soggetti a tutte le regole di diritto comune relative alla proprietà ed al vicinato. L'art. 671 espone una norma generale e non apporta alcuna eccezione in favore del suolo forestale. Non vi è a distinguere se i boschi appartengono allo Stato, ai Comuni od ai privati, poichè i boschi formano parte del demanio privato dello Stato e dei Comuni, e questo rimane sotto l'impero del diritto comune. Invano si è opposto l'uso immemorabile dei proprietari di foreste d'avere alberi sul confine senza osservare alcuna di-

---

(1) SEBIRE ET CARTERET, *Encyclopédie du droit*, alla parola *Arbres*, n. 9. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XI, p. 548 n. 486.
(2) Sentenza di Cassazione del 25 marzo 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 174).

stanza; non è questo un uso nel senso dell'art. 671. Occorrerebbe dunque che la deroga al diritto comune fosse scritta nelle leggi speciali concernenti i boschi e le foreste. Ora, in Francia, le leggi forestali conservano la disposizione dell'art. 671 (1). Lo stesso avviene nel codice forestale del Belgio (2).

Vi è tuttavia una difficoltà che non è formalmente risoluta dalle leggi forestali. Quando i due fondi sono boschivi, si pretende che l'art. 671 non sia più applicabile, poichè, si dice, non vi è più ragione alcuna per impedire agli alberi di estendersi da una parte e dall'altra sino alla linea di separazione dei due fondi; al contrario, l'interesse medesimo dei due vicini richiede che così avvenga (3). Noi risponderemo, con la Corte di cassazione, che il divieto dell'art. 671 è assoluto, che esso non si occupa punto della natura dei fondi, nè del pregiudizio che dalle piantagioni può risultare. La Corte soggiunge che non è neppur esatto affermare che un fondo di natura boschivo non possa ricevere alcun danno da una piantagione di alberi d'alto fusto ad una distanza minore di due metri (4).

6. Qual'è la distanza legale? L'art. 671 vuole che si osservino a questo riguardo i regolamenti locali attualmente in vigore, o le usanze costanti e notorie. Perchè gli autori del codice civile che si proponevano di stabilire l'unità del diritto, hanno conservato valore, in materia, ai regolamenti ed agli usi antichi? Gli è perchè l'unità sarebbe stata impossibile: essa avrebbe, non soltanto contrariate le abitudini locali, che il legislatore francese non ha rispettate, ma sarebbe stata in opposizione con lo spirito della legge. Che vuole questa? Che la distanza sia tale che le piantagioni non usurpino la propietà del vicino; ciò dipende dall'estensione che prendono le siepi e gli alberi, e questiestensione varia secondo la natura del suolo e delle piante: la distanza dovrà dunque essere differente secondo le località. Ecco la ragione per cui la consuetudine d'Orléans ordinava che le siepi fossero piantate di biancospino e non di spino nero; perchè quest'ultima specie spinge assai lontano le sue radici, il che trae seco l'usurpazione del fondo vicino (5).

Il codice vuole che siano osservati i regolamenti attualmente in vigore: esso non ammette dunque regolamenti posteriori alla sua pubblicazione i quali deroghino all'art. 671. La ragione di ciò è assai semplice, cioè che i regolamenti introdurrebbero un

---

(1) Ordinanza reale del 1.° agosto 1827 (art. 176). Sentenza di Nîmes del 14 giugno 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 636); sentenze di rigetto del 13 marzo 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 89) e del 28 novembre 1853 (DALLOZ, 1854, 1, 233).

(2) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 470.

(3) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 207, n. 306; DEMOLOMBE, t. XI, p. 551, n. 443. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, p. 212 e nota 7.

(4) Sentenza di Cassazione del 24 luglio 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 320).

(5) POTHIER, *De la Société*, n. 242. DEMOLOMBE, t. XI, p. 551, n. 491. BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 12 (LOCRÉ, t. IV, p. 181).

diritto nuovo; ora, non si può ammettere che i regolamenti modifichino le leggi. Gli usi locali debbono essere *costanti* e *notori*. Ciò vorrà dire che debbano essere constatati al momento della pubblicazione del codice civile? L'art. 671 non lo pretende perchè sarebbe stato contrario allo spirito della legge. E per verità le usanze costituiscono un diritto vivente, si modificano coi mutamenti che avvengono nelle abitudini, nella coltura; da un altro canto, è di principio che l'antica consuetudine può essere modificata dalla nuova: donde un diritto necessariamente variabile. Dicendo che gli usi debbono essere costanti e notori, il codice non fa che ricordare le condizioni richieste per la sussistenza dell'uso. Questo deve essere costante perchè è la espressione della volontà generale: dev'essere notorio, cioè riconosciuto a titolo di diritto, affinchè non si gabelli per consuetudine ciò che non costituisce altro che una semplice tolleranza. Se vi è contestazione sull'esistenza dell'uso, colui che l'allega dovrà dimostrarla. La prova potrà farsi per testimoni: ciò è stato ammesso sempre per l'eccellente ragione che non v'è altro mezzo possibile, giacchè sarebbe assurdo pretendere che si constatino per iscritto usanze puramente locali relative ad un obbietto determinato (1).

7. La prima parte dell'art. 671 non rinvia ai regolamenti ed agli usi locali se non per ciò che riflette gli alberi d'alto fusto e non si occupa di quelli di piccolo fusto e delle siepi vive. È un difetto di redazione che non può dar luogo al minimo dubbio, poichè la seconda parte dell'articolo ripete che in mancanza di regolamenti e d'usanze, la distanza è fissata dal codice secondo la qualità delle piantagioni. La distanza legale non è dunque applicabile se non quando mancano regolamenti od usi particolari sulla materia (2). Noi abbiamo già detto (n. 4) che questi ultimi si debbono sempre applicare, senza distinguere se prescrivano una distanza maggiore o minore di quella fissata dal codice; ma che se l'uso non ne prescrivesse alcuna, bisognerebbe allora osservare quella determinata dall'art. 671.

La distanza legale varia secondo che gli alberi sono di alto o basso fusto; le siepi sono assimilate a questi ultimi. Siccome la legge non enumera e non definisce gli alberi d'alto fusto, spetterà ai tribunali di decidere, in caso di contestazione, qual sia la natura dell'albero. Voltachè si riconosca che un albero è d'alto fusto, esso dovrà trovarsi alla distanza legale di due metri, e ciò quand'anche il proprietario ne provvedesse periodicamente alla potatura, mantenendolo all'altezza ordinaria che raggiungono gli alberi di basso fusto. Tale questione ha

(1) Poitiers, 7 gennaio 1834; Bourges, 16 novembre 1830; sentenza di rigetto, 31 marzo 1835 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 638 e 644).

(2) È questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Solon (Aubry e Rau, t. II, p. 212, nota 9, e gli autori che vi sono citati).

dato luogo a lunghe discussioni. Nella specie che reiteratamente si è presentata innanzi alla Corte di cassazione, erano stati piantati alberi d'alto fusto ad una distanza minore di quella fissata dall'art. 671, ma il proprietario assunse l'obbligo formale di non lasciarli crescere, impegnandosi, in conseguenza, a tagliarli, ogni qualvolta avessero raggiunto cinque metri di altezza. La Corte di Parigi s'accontentò di questa promessa, e decise doversi reputare che le piantagioni, ridotte a tali limiti, non eccedessero la distanza legale. Prodotto ricorso, la sentenza fu cassata, e doveva esserlo (1). Infatti il codice stabilisce la distanza non già secondo l'altezza che gli alberi possono raggiungere, ma secondo la loro natura; il giudice non deve dunque che constatare un punto di fatto; se l'albero è d'alto fusto, dovrà essere piantato alla distanza legale, ancorchè non s'elevasse più di cinque metri. Senza dubbio la distinzione degli alberi d'alto e basso fusto implica che i primi giungono ad un'altezza maggiore che i secondi; ma non è l'altezza quella che determina la distanza, e ciò è decisivo. Invano si dice che il vicino manca d'interesse, quando in realtà una quercia non s'innalza maggiormente che un albero di basso fusto. Rispondiamo sempre che non si tratta affatto d'interesse: d'altronde le radici d'un alto albero si estendono più lungi e possono recare danno ben maggiore di quelle d'una pianta di piccolo fusto, e ciò anche quando sia tenuto basso colla potatura. La Corte di Amiens, cui la causa fu rinviata, si pronunciò nel medesimo senso della Corte di Parigi. La questione di sapere se gli alberi sono d'alto fusto, dice la sentenza, deve decidersi, non già alla stregua della loro natura, ma a norma del modo di coltivazione cui sono sottoposti; ora, nella specie, gli alberi erano stati tagliati, e l'obbligazione contratta col vicino garentiva che sarebbe sempre lor conservato questo carattere; gli alberi rientravano dunque nella classe di quelli che il codice chiama alberi di basso fusto. È certo che l'equità militava in favore del proprietario degli alberi, ma il diritto doveva prevalere sull'equità. La legge è assoluta, e non vi può derogare per nessuna considerazione. È la natura e non il fatto dell'uomo che determina se un albero è d'alto fusto. Se il legislatore avesse voluto lasciare al giudice una certa latitudine in considerazione dell'altezza variabile che gli alberi possono raggiungere per effetto dei tagli regolari, avrebbe dovuto dirlo; poichè si tratterebbe nientedimeno che d'una eccezione alla regola da lui stabilita, ed una eccezione richiede una disposizione espressa; in ogni caso, non è concesso al giudice di crearla. Ciò è decisivo: la Corte di cassazione, a sezioni riunite, mantenne la sua giurisprudenza.

---

(1) Sentenza di Cassazione del 5 marzo 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 78). Sentenza di Cassazione del 25 maggio 1853, a sezioni riunite (DALLOZ, 1853, 1, 198).

Alla massima può farsi eccezione in virtù d'un regolamento anteriore al codice o di un'usanza costante e notoria. In talune fattispecie, s'invocò un uso contrario innanzi alla Corte di cassazione; questa decise che l'usanza non esisteva (1). La sentenza ne sembra troppo rigorosa per una di queste specie. Si producevano attestati rilasciati dai sindaci di un gran numero di comuni, i quali constatavano essere uso locale *costante e notorio* d'ogni tempo che gli alberi tagliati, rasi a terra e regolarmente potati ogni tre, quattro e cinque anni, come le querce, gli olmi, gli aceri, le acacie, i frassini, i pioppi e gli oppi erano stati sempre piantati ad una distanza minore di due metri; che questa distanza di due metri non era osservata se non quando si lasciavano crescere gli alberi stessi in piena libertà, il che li costituiva alti fusti. La Corte di cassazione respinse questi usi, perchè, secondo essa dice, risguardavano non già la distanza, come vuole l'art. 671, ma la distinzione di alberi di alto e basso fusto; ora, su questo punto, il legislatore non si è rimesso ai regolamenti locali nè alle antiche usanze (2). Qui, ci sembra, vi è un eccesso di rigore: la Corte si è troppo strettamente tenuta alle frasi con cui erano stati redatti gli attestati. Se i sindaci avessero constatato ch'era usanza piantare ad una distanza minore gli alberi di alto fusto soggetti a tagli regolari, sarebbe stato difficile non ammettere l'uso. Dal perchè sembrava che i sindaci affermassero che gli alberi di alto fusto, sottoposti a tagli periodici, divenivano alberi di basso fusto, si poteva concludere che l'usanza riguardasse, non la distanza, ma l'essenza dell'albero? (3)

Si è pur sollevato un altro dubbio che non è serio. Se in una siepe si trova un albero d'alto fusto, si dovrà considerarlo come di basso fusto, se è tagliato e tenuto alla medesima altezza della siepe? Basta enunciare una siffatta questione per risolverla. Forse che un albero di alto fusto cessa di esser tale, se è piantato in una siepe? Non è il luogo in cui si trova ma la natura dell'albero che determina la distanza (4).

8. Come si misura la distanza? Dal cuore dell'albero o dalla sua superficie esterna? Bisogna decidere la questione nel primo senso; infatti la distanza deve essere invariabile, ed essa differirebbe invece da caso a caso se la si calcolasse dalla superficie esterna dell'albero, secondo la maggiore o minor grossezza di questo al momento in cui è piantato; il che non è ammes-

---

(1) Sentenza di Cassazione del 12 febbraio 1861 (Dalloz, 1861, 1, 120). La sentenza dice che la pretesa usanza non è che un atto di tolleranza. Ma una tolleranza *generale* ed *immemorabile* non costituisce un'usanza?

(2) Sentenza di rigetto del 9 marzo 1853 (Dalloz, 1853, 1, 201).

(3) Vedi la critica dell'annotatore (Dalloz, 1853, 1, p. 200 e nota) che ci sembra giustissima.

(4) Sentenza precitata del 9 marzo 1853 e sentenza di Cassazione del 25 marzo 1862 (Dalloz, 1862, 1, 174).

sibile. Dev'esservi dunque tra il cuore dell'albero e la linea di separazione dei due fondi una distanza di due metri o di un mezzo metro. Se i due fondi sono separati da una chiusura comune, bisognerà supporre la linea di separazione nel mezzo del muro, del fossato, o della siepe. Se esiste una via pubblica tra i due fondi, la larghezza della via si comprende nella distanza. Se fosse un corso d'acqua naturale, bisognerebbe ancora comprendervelo, dove si segua l'opinione generale la quale ammette che queste acque non appartengono ad alcuno. Secondo l'avviso nostro, bisognerà applicare la finzione adottata in questa materia, secondo la quale la proprietà dei rivieraschi si presume estendersi sino alla linea mediana del corso d'acqua (1).

N. 2 — Sanzione. Prescrizione.

9. A termini dell'art. 672, « il vicino può pretendere che gli alberi e le siepi piantate ad una distanza minore siano divelti ». Spetta all'attore provare che la distanza legale non è stata osservata. Nella specie di cui abbiamo parlato e che ha dato luogo a sì lunghe discussioni, i periti avevano constatato che uno dei pilastri di confine inclinava sulla proprietà del vicino, in guisa da cambiare il vertice dell'angolo di sedici centimetri Se questo pilastrino fosse diritto, dice la Corte di Amiens, gli alberi potrebbero bene considerarsi piantati alla distanza voluta dalla legge. Ora, incombe all'attore l'onere di dimostrare che la distanza è stata oltrepassata; egli non ne somministrava la prova, quindi la sua dimanda non poteva essere ammessa (2).

Nella medesima causa, il convenuto sostenne che gli alberi di alto fusto non oltrepassavano la distanza legale che da uno a dieci centimetri; che questa lieve differenza non cagionava alcun pregiudizio al vicino, e che perciò egli non avrebbe potuto agire per mancanza d'interesse. La Corte di Parigi accolse questa eccezione, ma la sua sentenza fu cassata. È la conferma della dottrina che noi abbiamo insegnato in questa materia. Se, come dice talvolta la Corte di cassazione, la distanza prescritta dal codice non avesse altra ragione di essere che il pregiudizio sofferto dal vicino quando le piantagioni oltrepassano questa distanza, essa avrebbe dovuto rigettare il ricorso, allorchè la sentenza della Corte d'appello constatava che non vi era pregiudizio. Essa cassò invece quel giudicato perchè l'articolo 672 riconosce al vicino il diritto assoluto di far estirpare gli alberi, senza imporgli l'obbligo di giustificare d'aver sofferto alcun

(1) Vedi le diverse opinioni in AUBRY e RAU, t. II, p. 213 e seg., e note 13-15.
(2) Amiens, 5 dicembre 1850 (DALLOZ, 1853, 1, 342).

danno (1). Non è quindi questione di pregiudizio; ancorchè non vi sia danno alcuno, gli alberi debbono esser divelti, poichè la loro piantagione viola il diritto di proprietà del vicino (2).

10. Chi può intentare l'azione accordata dall'art. 672? La legge dice: *il vicino* può esigere che gli alberi siano estirpati. Sarà a concludersi che qualunque detentore del fondo abbia diritto di agire? Dicendo *il vicino*, la legge intende che il vicino sia proprietario o che abbia almeno un diritto reale sul fondo che gli dà interesse e diritto d'agire. Tal'è l'usufruttuario. Si è preteso che costui avendo soltanto il godimento, non poteva domandare se non un'analoga indennità. La Corte di cassazione ha deciso che l'usufruttuario ha qualità per agire, poichè gode dei diritti di servitù come lo stesso proprietario (3). A stretto rigore la distanza prescritta dall'art. 671 si può considerare come una servitù, poichè il codice ne parla nel capitolo delle servitù legali. A dire il vero, è una sanzione del diritto di proprietà. La questione sta dunque nel sapere se l'usufruttuario possa intentare le azioni reali. Noi l'abbiamo esaminata altrove pronunciandoci in favore dell'usufruttuario (4). Da ciò consegue che il conduttore non può promuovere l'azione stabilita dall'art. 672, poichè egli non ha diritto d'intentare le azioni che nascono dalla proprietà. Il conduttore deve rivolgersi al suo locatore.

11. Può il vicino esigere ancora che si estirpino gli alberi che esistono da oltre trent'anni? Qualunque azione si estingue con la prescrizione trentennale; è dunque certo che il vicino non può più agire dopo trent'anni. Ma vi sono grandi difficoltà sulla natura e sugli effetti di questa prescrizione. È dessa una prescrizione acquisitiva in favore di colui che ha piantato gli alberi ad una distanza minore? è, invece, una prescrizione estintiva contro colui che non ha agito nel termine di trent'anni? E se è una prescrizione acquisitiva, che cosa il proprietario acquista con questa prescrizione? forse solamente il diritto di conservare gli alberi che ha piantati? ovvero quello di piantare ad una distanza minore di quella legale? Tutte siffatte questioni, come molte altre che vi si rannodano, sono controverse, e vi è qualche dubbio. Gli scrittori e la giurisprudenza sono scissi in quanto al principio; ed è questo anzitutto che bisogna stabilire.

Abbiamo già detto che la Corte di cassazione qualifica come servitù la disposizione dell'art. 671 che proibisce al proprietario di un fondo di piantare ad una troppo breve distanza dal fondo contiguo. Quest'opinione ha in suo favore la terminologia del

(1) Sentenza di Cassazione del 5 marzo 1850 (Dalloz, 1850, 1, 78). La dottrina è nel medesimo senso. (Demolombe, t. XI, p. 556, n. 498; Aubry, e Rau, t. II, p. 214 e nota 16).
(2) Sentenza di Cassazione del 2 luglio 1867 (Dalloz, 1867, 1, 280).
(3) Cassazione 5 marzo 1850 (Dalloz, 1850, 1, 78).
(4) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 364 e seg.

codice, come la classificazione da questo seguìta; l'art. 671 si trova nel titolo delle *Servitù*, e la proibizione che stabilisce è classificata tra le servitù legali. Dunque colui che pianta senza osservare la distanza legale s'affranca da una servitù e perciò la prescrizione è estintiva. Questo modo di considerare le servitù così dette legali è fondato sui principii? È la vera teoria del codice? Noi abbiamo già affrontata la difficoltà, ed abbiamo insegnato, con la giurisprudenza della nostra Corte di cassazione, che le servitù legali, lungi dall'essere vere servitù, altro non sono che lo stato naturale della proprietà nella società civile (1). Ritorneremo sulla controversia, trattando delle luci e finestre, poichè ivi trovasi la sede della difficoltà e il principale interesse della questione. Pel momento, atteniamoci al principio come l'abbiamo già stabilito. Le servitù legali non essendo servitù, ne risulta che l'art. 671 non crea una servitù a carico dei fondi i cui proprietari vogliono fare delle piantagioni; se essi non possono piantare che ad una certa distanza dal fondo del vicino, gli è perchè piantando più da presso usurperebbero la sua proprietà. Dunque colui che pianta alla distanza legale non fa che esercitare il suo diritto di proprietà, colla limitazione che vi è inerente, nessuno potendo usare del suo diritto in modo da attentare al diritto altrui. Che fa egli dunque quando pianta senza osservare la distanza legale? Impone una restrizione alla proprietà del suo vicino; se costui sopporta tal restrizione per lo spazio di trent'anni, il suo fondo è gravato d'una servitù. Vi è dunque prescrizione acquisitiva se gli alberi rimangono per trent'anni senza che il vicino domandi che siano estirpati.

Essendo acquisitiva, la prescrizione ha per base il possesso. Questo deve dunque riunire i caratteri enumerati dall'art. 2229: dev'essere cioè continuo, pubblico, non equivoco, a titolo di proprietario. La Corte di Amiens ha fatto, a parer nostro, una giusta applicazione di questi principii, dichiarando che il possesso non è sufficiente per la prescrizione, finchè l'albero piantato in una siepe non oltrepassi la siepe stessa. Infatti il vicino non può veder l'albero finchè si confonde colla siepe; quantunque l'albero esista realmente, il suo possesso non essendo pubblico, non potrebbe esservi prescrizione. Questa non comincerà a decorrere che allorquando l'albero avrà sorpassata l'altezza della siepe e il possesso sarà divenuto pubblico (2).

12. Quando la prescrizione incomincia a decorrere? Dal giorno della piantagione. È questa una conseguenza evidente del principio che noi ammettiamo quanto alla natura della prescrizione. Il proprietario può acquistare una servitù a carico del fondo vicino, egli comincia a prescrivere dal momento che fa un atto

(1) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 473-477.

(2) Amiens, 21 dicembre 1821 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 641); DEMOLOMBE, t. XI, p. 558, n. 500.

di possesso; ora, piantando, egli usurpa il diritto del suo vicino, dunque possiede. Invano si dice che la piantagione, quando è fatta, non colpisce l'attenzione del proprietario sul cui fondo si esercita un diritto e che bisogna attendere che la pianta sia divenuta un albero (1); è della natura della pianta di crescere continuamente: la ghianda, non appena è spuntata dalla terra annuncia la quercia futura (2). Bisogna tuttavia conciliare questo principio con quello della pubblicità, come abbiamo detto più sopra (n. 11).

Il principio è incontestabile, ma l'applicazione non va scevra da difficoltà. Se si tratta di alberi da foresta, la prescrizione decorre dal giorno in cui l'albero spunta dalla terra, sotto la condizione della pubblicità, ovvero dal giorno in cui l'albero è riservato per crescere, quando son fatti i tagli? Quest'ultima opinione è stata sostenuta innanzi ai tribunali; se si trattasse di fare la legge, si potrebbe sostenerla col dire che essendo destinato ad essere tagliato, l'albero non ha che una esistenza temporanea, che perciò il vicino è carente d'interesse e di diritto. Si risponde, e la risposta è perentoria, che non è una questione d'interesse; quanto al diritto esso esiste dal giorno in cui l'albero spunta dal suolo; qualunque altro momento sarebbe arbitrario, e le disposizioni arbitrarie non possono emanare che dal legistatore. Questa decisione ha pure il suo fondamento razionale. La prescrizione incomincia dal momento che l'azione è possibile, e il vicino può agire il giorno stesso in cui lo stipite, prodotto naturale del suolo, apparisce sulla terra, e non solamente da quello in cui l'albero da questa prodotto è riservato per essere sottoposto a tagli regolari; non si può dunque rimproverare al vicino d'aver serbato il silenzio, allorchè sapeva che i piccoli fusti si sarebbero progressivamente sviluppati fino a divenire alberi d'alto fusto; il suo silenzio durato trent'anni. non ostante gli inconvenienti ogni giorno maggiori che gli procacciano gli arboscelli ingrandendo, deve far supporre che egli abbia rinunziato al suo diritto di fare estirpare gli alberi; e questa è appunto la base della prescrizione (3).

Si è sostenuto, in senso contrario, che se si tratta di alberi cresciuti su vecchi tronchi rimasti in terra, la prescrizione risalga all'esistenza di questi tronchi, donde seguirebbe che gli alberi non potrebbero essere estirpati quantunque avessero meno di trent'anni. La Corte di Montpellier aveva accolte queste pretese (4). Nella specie, si trattava di tronchi più che secolari:

---

(1) In questo senso, sentenza di Bourges del 16 marzo 1830 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 638).

(2) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau. t. II, p. 214, note 17 e 18.

(3) Sentenza di Cassazione del 13 marzo 1850 (Dalloz. 1850, 1, 89).

(4) Sentenza di Montpellier del 1.° maggio 1860, cassata da sentenza del 25 marzo 1862 (Dalloz, 1862, 1, 174).

l'albero che ne proviene, si diceva, è sempre il medesimo albero che si rinnova finchè il tronco sussiste; è dunque il tronco che costituisce la piantagione nel senso legale della parola. Qui sta l'errore. Gli alberi, rampolli degli antichi tronchi, costituiscono alberi nuovi (1); l'antico albero è stato tagliato, dunque ha cessato di esistere, ed è una pura finzione il dire che un albero tagliato esiste ancora nel nuovo rampollo che producono le radici; ora, una finzione non può essere creata che dalla legge. Ciò è altresì conforme alla ragione: come dice benissimo la Corte di cassazione, i rampolli prodotti dalle radici o dalla corona dei tronchi non sono quasi mai nel luogo preciso già occupato dagli alberi antichi, possono essere molto più numerosi, spessissimo sono più vicini alla proprietà contigua; è dunque un fatto nuovo a carico del fondo vicino, e per conseguenza il proprietario ha il diritto di toglierlo di mezzo: non è il tronco tagliato rasente al suolo che gli è di peso, ma l'albero (2). La Corte aggiunge che questi arboscelli, quantunque meno nocivi alla proprietà vicina degli alberi di alto fusto che surrogano, perchè danno meno ombra ed umidità, sono in realtà più pericolosi pel proprietario, in causa delle invasioni successive di cui lo minacciano (3). La giurisprudenza è costante in questo senso.

13. Qual'è l'effetto della prescrizione? L'assenza di sicuri principii circa la natura della prescrizione di cui si tratta ha determinato nella dottrina una grave incertezza su questo punto. Invero, tal prescrizione è acquisitiva od estintiva? Se è acquisitiva quale ne è il suo oggetto? Noi escludiamo anzitutto l'opinione che considera la distanza prescritta per le piantagioni come una servitù, e che ne induce la prescrizione essere liberatoria, nel senso che il proprietario il quale pianta ad una distanza minore di quella stabilita dalla legge, dai regolamenti o dalle usanze, libera il suo fondo dalla servitù che lo grava, in guisa che dopo trent'anni egli ha facoltà di piantare ove vuole e ciò che meglio gli aggrada, senza osservare alcuna distanza. Quest'opinione, sostenuta da molti autori (4), non ha trovato favore nella giurisprudenza. Quantunque molte sentenze, anche della Corte di cassazione, mantengano la qualifica di servitù, che dà il codice alla proibizione stabilita nell'art. 671, esse non ammettono la conseguenza che deriva da questa teoria. Ciò è assai illogico. Ma che ci importa? Noi rigettiamo tanto il principio come la sua conseguenza. Siccome la prescrizione è acquisitiva bisogna, a parer nostro, che ci collochiamo su questo

---

(1) Sentenza di rigetto del 22 dicembre 1857 (DALLOZ, 1858, 1, 59).
(2) Sentenza di rigetto del 24 maggio 1864 (DALLOZ, 1864, 1, 229).
(3) Sentenza di rigetto del 31 luglio 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 350).
(4) TAULIER, *Théorie du code civil,* t. II p. 402. Vedi in senso contrario, Douai, 14 aprile 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 94).

terreno ed esaminiamo ciò che il proprietario acquista quando ha posseduto durante trent'anni senza osservare le distanze legali.

Vi è un punto su cui tutti sono d'accordo; cioè che gli alberi esistenti da trent'anni ad una distanza minore della legale, non possono essere estirpati. Infatti è questo il meno che il proprietario delle piantagioni abbia potuto acquistare con la prescrizione; se egli non avesse acquistato il diritto di conservare gli alberi che ha piantati, nulla si sarebbe procurato. Ma ciò equivarrebbe a negare la prescrizione la quale è invece generalmente ammessa, e nella dottrina e nella giurisprudenza (1). Non bisogna andare più in là, e dire che il proprietario ha acquisito il diritto di piantare alberi ad una distanza minore della legale, in questo senso almeno che egli possa abbattere gli alberi esistenti e surrogarli con nuovi arboscelli? Tal'è, a nostro parere, l'effetto della prescrizione, ma abbiamo contro di noi la giurisprudenza e la maggior parte degli autori. Ciò vuol dire che la questione è dubbia. Noi ne diremo le ragioni, e cercheremo di rispondere a quelle che si danno in sostegno dell'opinione contraria.

Perchè non si può piantare che ad una certa distanza del fondo vicino? Egli è perchè piantando sul confine di questo fondo, si usurperebbe la sua proprietà. Dunque quando si fanno piantagioni sulla linea che separa due fondi, si restringe il diritto di proprietà del vicino; questa restrizione diviene una servitù se è mantenuta durante trent'anni. Pertanto dopo un possesso trentennale si ha acquistato il diritto d'avere degli alberi ad una distanza minore di quella legale. Noi diciamo *degli alberi*, poichè è della natura delle piantagioni di essere rinnovate; colui che pianta degli alberi manifesta l'intenzione d'avere una piantagione e di conservarla; ora, gli alberi periscono, ed è dovere d'un buon padre di famiglia non lasciarli morire, ma surrogarli; in guisa che la piantagione si fa con animo di perpetuità. Per conseguenza il vicino il quale rimane trent'anni senza esigere che gli alberi siano estirpati consente tacitamente che la piantagione sia conservata a titolo di servitù, e quindi anche rinnovata, così volendo la legge che governa le piantagioni. Ciò risponde ad un'obbiezione o ad un motivo che si dà in favore dell'opinione contraria. Non è il diritto astratto di piantare, si dice, che si acquista colla prescrizione, ma il diritto d'avere i tali alberi ad una distanza minore di quella legale; dunque dal momento che questi alberi sono estirpati, l'effetto della prescrizione cessa (2). L'obbiezione non tiene alcun conto della na-

---

(1) Sentenza di rigetto del 9 giugno 1825, del 29 giugno 1832 e del 25 maggio 1842 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 653, 1.°, 2.° e 3.°).

(2) Douai, 14 aprile 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 94); Bourges, 8 dicembre 1811 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 661, 1.°).

tura delle piantagioni, le quali son destinate ad essere rinnovate; ciò è tanto vero che gli alberi si riproducono da sè stessi per mezzo di semi naturali. La piantagione che si fa per opera dell'uomo imita la natura; essa è altresì perpetua. Non è dunque un diritto astratto che forma l'obbietto della prescrizione, è una cosa realissima, una piantagione; ma questa piantagione non è una cosa passeggiera, bensì perpetua tanto che fra tutte le opere umane non ve n'ha alcuna che abbia più lunga durata; la natura viene in soccorso alla debolezza dell'uomo, imprimendo il carattere di perpetuità a quanto egli fa.

Si dà ancora un'altra forma a quest'obbiezione. Un'antica massima dice che la prescrizione non può estendersi al di là di quanto si è posseduto, cioè che gli effetti della prescrizione sono misurati dall'estensione del possesso: *tantum praescriptum, quantum possessum.* È questo argomento che ha trascinata la Corte di cassazione. Il possesso, essa dice, ha effetto solamente riguardo agli alberi per i quali si è manifestato durante il tempo e con le condizioni necessarie. Donde la Corte conchiude che, quando gli alberi antichi sono stati estirpati o sono periti per vetustà, riprende il suo impero il diritto comune sulle servitù legali di distanza; per conseguenza il vicino può domandare che siano divelti i nuovi arboscelli i quali non hanno raggiunto i trent'anni d'età (1). Ci sembra che la Corte abbia fatto una falsa applicazione della massima *tantum praescriptum, quantum possessum.* Colui che possiede da trent'anni delle finestre sul fondo contiguo del suo vicino acquista con la prescrizione una servitù di veduta, ma la acquista nei limiti del possesso, nè egli potrebbe aprire una terza finestra quando non ne possiede che due. Quanto alle due che ha possedute, può mantenerle in perpetuo. Non accade lo stesso per le piantagioni: colui che ha posseduto per trent'anni cinquanta alberi, a titolo di servitù, non può piantarne cinquanta nuovi; per vero, egli ha prescritto il diritto d'avere degli alberi ad una distanza minore di quella legale, ma lo ha prescritto nei limiti del suo possesso. In questi limiti, il suo diritto è perpetuo; egli può, cioè, conservare a perpetuità la sua piantagione di cinquanta alberi. Ma gli alberi periscono o debbono essere tagliati secondo una certa regola: è la piantagione così considerata che ha costituito oggetto del possesso, dunque si può dire che il proprietario degli alberi non prescrive realmente che ciò che ha posseduto.

Si contesta l'analogia che noi stabiliamo fra le piantagioni e le finestre, ma, a nostro parere, essa è decisiva sotto tutti gli aspetti. Anche le case debbono essere rinnovate, perchè periscono come ogni altra cosa. Se la casa che possedeva un di-

(1) Sentenze di rigetto del 28 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 233), del 2 dicembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 59), del 31 luglio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 350). Confronta Demolombe, t. XI, p. 560, n. 501 e gli autori che cita.

ritto di veduta crolla per vetustà o è distrutta, che accadrà del diritto stesso? L'art. 703 risponde che le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato da non poterne più far uso; ma, aggiunge l'art. 704, esse rivivono se le cose sono ristabilite in modo che si possa nuovamente usarne. Perciò la servitù di veduta rivivrà se le finestre sono ricostruite. Perchè non avverrebbe lo stesso del diritto di avere degli alberi ad una distanza minore di quella legale, quando gli alberi son rinnovati? Si fanno a questo proposito le più singolari distinzioni. Il diritto d'avere delle vedute, dice la Corte di Bourges, è di sua natura continuo ed apparente; riunisce dunque le due condizioni richieste per la prescrizione delle servitù, ed una volta acquisito, non può più perdersi; mentre il diritto di avere degli alberi a distanza minore della legale, richiede il fatto attuale dell'uomo, e costituirebbe per conseguenza una servitù discontinua (1). Ciò non è serio davvero. Forse che per avventura non occorre il fatto dell'uomo per costruire e ricostruire una casa? Le piantagioni non sono fatte con un animo di perpetuità siccome gli edifici? La servitù non si esercita da sè stessa, nel senso che consiste nell'avere e conservare alberi senza osservare la distanza prescritta? Gli autori aggiungono a queste distinzioni delle sottigliezze altrettanto inammessibili. La casa, essi dicono, è ricostruita in condizioni uguali a quelle della casa demolita; può esser dunque considerata come se fosse stata sempre la medesima, mentre gli alberi nuovi sono necessariamente diversi dagli antichi che vengono a surrogare, possono avere maggior vigore e divenire più nocivi (2). Occorre domandare se si sia prescritto un albero avente il tal vigore? ovvero un albero della tale natura, di alto o di basso fusto? La veduta rimarrà identica, se le finestre hanno la medesima altezza e la medesima larghezza, quantunque il nuovo cristallo sia più chiaro e perciò la servitù più onerosa. Lo stesso accadrà degli alberi: essi saranno sempre i medesimi purchè abbiano la stessa natura, sebbene uno divenga vigoroso e l'altro rimanga rachitico.

L'art. 665 viene in appoggio della nostra dottrina: quando si ricostruisce un muro comune od una casa, le servitù attive e passive continuano riguardo alla nuova fabbrica. Questa disposizione è generale, si applica a qualunque specie di servitù; potrà quindi invocarsi per analogia quando si tratta del diritto di piantagione. Anche questa è una ragione decisiva cui le sentenze alle quali accennammo non giungono a rispondere. La Corte di cassazione del Belgio dice che l'art. 665 stabilisce un diritto eccezionale (3). È questo un errore sfuggito alla nostra suprema magistratura; la disposizione è così poco un'eccezione

(1) Bourges, 8 dicembre 1841 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 661, 1.°).
(2) DURANTON, t. V, p. 430, n. 401. DEMOLOMBE, t. XI, p. 561, n. 501.
(3) Sentenza di rigetto del 18 giugno 1846 (*Pasicrisie*, 1847 1, 112).

che la si è perfino detta inutile dal momento che non fa che applicare il principio generale stabilito dall'articolo 704. Troviamo il medesimo errore in una sentenza della Corte di Tolosa (1), che trae argomento da ciò che il principio non riceve applicazione in materia d'usufrutto. Ma che importa? Qui non si tratta d'usufrutto, ma di servitù reali. E l'art. 704 è così esplicito che crediamo inutile insistere più a lungo.

Gli articoli 704 e 665 rispondono ad un'altra obbiezione che si trova nelle stesse sentenze (2). La libertà dei fondi deve essere favorita, si dice, e la prescrizione devesi interpretare ristrettivamente; due argomenti che menano alla medesima conseguenza, cioè che gli alberi una volta tagliati non possono essere surrogati con una nuova piantagione. Senza dubbio, si deve agevolare la liberazione dei fondi, il che però non impedisce alla legge di favorire le servitù, a tal segno che le fa rivivere, secondo la espressione dell'art. 704. Se tutte le servitù rivivono, perchè sarebbe altrimenti delle piantagioni? Sarebbe necessaria una espressa deroga all'art. 704, mentre la legge non vi apporta alcuna eccezione. L'argomento che ci si oppone si ritorce dunque contro l'opinione che noi combattiamo: la quale crea realmente un'eccezione senza l'appoggio del testo e senza che vi siano sufficienti motivi attinti alla natura medesima della servitù (3).

Dobbiamo poi soggiungere che l'opinione contraria non solamente è consacrata dalla giurisprudenza, ma ebbe anche a ricevere una specie di sanzione legislativa. In Francia l'ordinanza regolamentare del codice forestale (1.° agosto 1827) prescrive che « le piantagioni o le riserve destinate a surrogare gli alberi attuali di confine saranno effettuate dietro alla linea di delimitazione delle foreste alla distanza prescritta dall'art. 671 del codice civile » (art. 176). Ciò non impedisce che la questione rimanga impregiudicata dal punto di vista del diritto privato, ma è senza dubbio questa un'autorità in favore dell'opinione generale.

14. Vi è ancora qualche difficoltà per ciò che concerne la destinazione del padre di famiglia. Secondo la teoria del codice civile la destinazione del padre di famiglia ha lo stesso valore del titolo riguardo alle servitù continue ed apparenti, vale a dire che queste servitù possono acquistarsi anche con tal mezzo. Si domanda se per destinazione possa pure essere stabilito il diritto di mantenere gli alberi ad una distanza minore della legale. La decisione dipende dall'opinione che si adotta sulla natura di questo diritto. Se si considera il divieto di piantare come una servitù della quale alcuno libera il suo fondo con la prescri-

(1) Tolosa, 1 marzo 1855 (DALLOZ, 1855, 2, 330).
(2) Confronta Rennes, 19 giugno 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 636).
(3) Vedi le sorgenti in AUBRY e RAU, t. II, p. 215, nota 20. Il solo autore che sembra pronunciarsi per l'opinione da noi sostenuta è MOURLON, t. I, p. 788, nota.

zione di trent'anni, bisogna rigettare la destinazione del padre di famiglia: infatti, la destinazione non è un modo di estinzione della servitù, ma un modo di acquistare le servitù continue ed apparenti (1). Secondo l'opinione nostra, la questione non può essere dubbia. Il divieto di piantare stabilito dall'art. 671 non è una servitù, ma una di quelle restrizioni imposte alla proprietà dalla convivenza sociale, e quindi una condizione generale della proprietà. Si può per prescrizione acquistare il diritto di mantenere alberi ad una distanza minore della legale; a maggior ragione si può acquistare questo diritto per titolo. Poichè si tratta d'acquistare una servitù sul fondo del vicino, troverà applicazione l'art. 692, essendo la servitù continua ed apparente. Questa dottrina era già ricevuta nell'antico diritto (2), il che include che non si considerava il divieto di piantare come una servitù. Essa è altresì consacrata dalla giurisprudenza sotto l'impero del codice Napoleone, il che logicamente conduce all'opinione che noi abbiamo insegnata sul carattere delle servitù dette legali (3).

Diversa è la questione di sapere se il diritto di surrogare alberi piantati ad una distanza minore di quella legale possa acquistarsi per destinazione del padre di famiglia. Secondo l'opinione generale si ritiene che il solo titolo possa stabilire questo diritto (4). Ma se esso può acquistarsi per titolo, perchè non anche per destinazione, mentre questa, per riguardo alle servitù continue ed apparenti, ha lo stesso valore del titolo? Si tratta egli è vero, di una convenzione tacita: ma perchè una convenzione tacita non avrebbe i medesimi effetti che una espressa? Invano cerchiamo una ragione giuridica di questa differenza. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione che l'art. 692, anche applicato, tanto alla liberazione quanto all'acquisto di talune servitù, avrebbe soltanto per effetto di attribuire all'acquirente il diritto di conservare gli alberi esistenti alla distanza proibita, al tempo della separazione dei fondi primitivamente riuniti nelle mani del padre di famiglia che ne ha disposto; ma che questo diritto non potrebbe estendersi agli alberi piantati, seminati o cresciuti dopo quest'epoca (5). La Corte di cassazione non decide che per ipotesi. Data la sua opinione sulla natura delle servitù legali, essa non doveva esitare. Poichè la proibizione dell'art. 671 è una servitù, si tratta di liberare il fondo da una servitù; ora, il codice civile non annovera la destinazione del padre di famiglia fra le cause di

(1) Vedi una sentenza in questo senso del tribunale di Beaune, 3 luglio 1851 (DALLOZ, 1854, 1, 233).
(2) Rennes, 3 luglio 1813 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 659).
(3) Bastia, 3 marzo 1856 (DALLOZ, 1856, 2, 85); Parigi, 15 giugno 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 199). AUBRY e RAU, t. II, p. 216, nota 21.
(4) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. II, p. 246, nota 22.
(5) Sentenza di rigetto del 28 novembre 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 233).

estinzione delle servitù; bisognava dunque rigettarla in modo assoluto non già ammetterla ipoteticamente. Ma una volta ammessa, essa vale per titolo, costituisce un titolo; perchè questo non potrebbe conferire il diritto di rinnovare le piantagioni? Ecco la vera difficoltà, e la Corte la decide con una semplice affermazione: ma affermare non è dimostrare. La destinazione include un'idea di perpetuità; quando dunque il padre di famiglia fa una piantagione, si è con animo di conservarla; ora non si può conservarla se non rinnovandola. Vi è dunque una piantagione con intento di surrogare gli alberi, il che è decisivo.

N. 3. — Diritto del vicino relativamente ai rami ed alle radici.

15. L'albero può usurpare il fondo del vicino quando il tronco, i rami e le radici vi si estendono. A termini dell'art. 672, quegli sul cui fondo s'inoltrano i rami, può costringere il vicino a tagliarli; se le radici si addentrano, ha il diritto di tagliarle egli stesso. Quanto al tronco dell'albero, può esigere che sia estirpato, se non è piantato alla distanza legale. Se pertanto l'albero è stato piantato alla distanza legale, non può essere divelto, anche quando invadesse il fondo del vicino. La piantagione è, in questo caso, un fatto perfettamente legale, e gli atti conformi alla legge debbono essere rispettati. La legge ha tenuto conto dell'accrescimento cui gli alberi possono giungere: la distanza prescritta dall'art. 671 ha per iscopo d'impedire che esse abbiano ad inoltrarsi nel fondo del vicino Se, ad onta dell'osservanza della medesima, gli alberi invadono tuttavia il terreno contiguo, si tratta d'un fatto straordinario, d'una specie di caso fortuito che colpisce il possessore del fondo e di cui il proprietario di quello non è tenuto a rispondere (1).

Perchè il codice non attribuisce al vicino il diritto di tagliare egli stesso i rami, come può fare per le radici? Secondo il rigore dei principii, egli dovrebbe avere questo diritto, poichè, proprietario del suolo, è proprietario di ciò che sta al disopra ed al disotto di questo, e può distruggere tutto ciò che ostacola in qualsivoglia modo il suo diritto assoluto di proprietà. La legge sanziona questo diritto quanto alle radici, e vi deroga quanto ai rami. È una di quelle restrizioni che gl'interessi del buon vicinato impongono alla proprietà. Se fosse stato permesso al vicino di tagliare egli stesso i rami, costui avrebbe potuto per imprudenza o per malizia guastare l'albero ed anche farlo perire. Il pericolo è assai minore per le radici. Del resto l'asten-

---

(1) DURANTON, t. V, p. 423, n. 388.

sione si concepisce quanto ai rami, ma non quanto alle radici; non si poteva proibire al proprietario del suolo di coltivarlo.

16. L'art. 672 si applica ai boschi? Sotto l'impero del codice civile, l'amministrazione forestale ha vivamente sostenuta la negativa, invocando l'interesse della conservazione delle foreste, ma le sue pretese furono respinte dalla giurisprudenza, come di ragione. Essendo l'art. 671 applicabile ai boschi, anche la sanzione stabilita dall'art. 672 doveva essere osservata. Tuttavia il codice forestale die' soddisfazione in una certa misura, alle esigenze dell'amministrazione, prescrivendo che « i proprietari contigui ai boschi e foreste non potevano giovarsi dell'art. 672 per la potatura degli alberi di confine di detti boschi e foreste, se gli alberi di confine avessero più di trent'anni » (art. 150). Il nostro codice forestale contiene una disposizione analoga; ma mantiene il diritto comune del codice dichiarando l'art. 672 applicabile agli alberi di confine di boschi e foreste (1). Non si tratta che dei boschi e delle foreste appartenenti allo Stato, ai Comuni ed ai pubblici istituti. Quanto ai boschi dei privati, l'applicazione del codice civile non può riuscir dubbia.

17. L'art. 672, attribuendo al proprietario del fondo su cui si protendono i rami il diritto di farli tagliare, suppone che l'albero sia stato piantato alla distanza legale. Se la distanza è minore, il vicino ha un diritto più rigoroso; egli può esigere che l'albero sia estirpato; a più forte ragione, se consente a conservarlo, può pretendere che i rami siano tagliati. Quando dunque la legge conferisce al vicino il diritto di far tagliare i rami, suppone che l'albero, essendo piantato alla distanza legale, debba essere conservato; essa permette, in questo caso, di reprimere le usurpazioni. Il codice non è affatto logico. Dal momento che il proprietario dell'albero si è conformato alla legge osservando le distanze legali, dovrebbe avere il diritto di conservare l'albero stesso in tutta la sua integrità; la legge riconosce il suo diritto e lo sanziona in quanto concerne il corpo dell'albero; vi deroga relativamente ai rami ed alle radici. Non v'ha ragione giuridica di questa differenza. È una di quelle transazioni fra il diritto e l'equità che il legislatore fa per non turbare le relazioni di buon vicinato, come avverrebbe dove le regolasse secondo il rigore del diritto (2).

18. Gli alberi sono stati piantati ad una distanza minore di quella legale, in virtù di un titolo, della destinazione del padre di famiglia o della prescrizione. Questi alberi protenderanno quasi sempre i loro rami sul fondo del vicino; può costui esigere che siano tagliati? La giurisprudenza e la dottrina sono concordi, salvo il dissenso di Duranton, nel riconoscere questo

---

(1) Legge del 19 dicembre 1854, art. 110. DURANTON, t. V, p. 432, n. 393.
(2) DURANTON, t. V, p. 437, n. 397. DEMOLOMBE, t. XI, p. 570, n. 506. AUBRY e RAU, t. II, p. 216 e nota 23.

diritto al vicino. Il diritto di piantare, si dice, non dev'essere confuso con quello di lasciar protendere i rami sul fondo del vicino; il proprietario può avere l'uno di questi diritti e non l'altro. Ciò che lo prova, si è che piantando alla distanza legale, egli usa del suo diritto di proprietà; la piantagione è l'esercizio d'un diritto e tuttavia egli può essere costretto a tagliare i rami che inoltrano sul fondo del vicino. Ebbene, quando egli pianta ad una distanza minore in virtù d'un diritto qualsiasi, la sua condizione rimarrà la medesima; egli esercita bensì il diritto di piantare, soltanto ha il diritto di piantare ad una distanza minore; ma questo diritto non gli attribuisce la facoltà di lasciar protendere i rami sul fondo del vicino; costui può dunque esigere che siano tagliati (1).

Se l'art. 672 fosse una disposizione di massima quest'argomento sarebbe irrefutabile. Ma noi abbiamo detto (n. 17) che l'art. 672 deroga piuttosto al rigore dei principii. Chi ha il diritto di piantare un albero dovrebbe aver quello di conservarlo con tutti i suoi rami e le sue radici; poichè v'ha forse un albero senza radici e senza rami? La legge deroga al rigor dei principii nell'interesse del buon vicinato. È dunque una eccezione, il che muta la tesi. Un'eccezione non può essere estesa; l'art. 672 regola la relazione delle parti, se i vicini istessi non le han regolate. Ma dal momento che vi è titolo, destinazione del padre di famiglia o prescrizione, vi è una manifestazione di volontà che muta completamente la posizione delle parti. Infatti, l'art. 672 regola l'esercizio del diritto di proprietà; mentre il titolo, la destinazione o la prescrizione stabiliscono una servitù a carico del fondo contiguo. La questione deve dunque decidersi, non più secondo il diritto comune dell'art. 672, ma alla stregua dei principii che regolano le servitù. Ebbene, seguendo questi principii, si giunge ad una conseguenza del tutto diversa.

Il titolo attribuisce il diritto di piantare alberi ad una distanza minore da quella legale; per ciò soltanto esso conferisce la facoltà di conservare questi alberi coi loro rami e le loro radici. Così vuole il diritto stretto, e su questo terreno ci pone appunto il titolo: l'art. 672 è fuori di questione. Dunque il proprietario che pianta ha il diritto di conservare l'albero in tutta la sua integrità; occorrerebbe una clausola espressa per togliergli questo diritto. Quanto al vicino, egli non può invocare l'art. 672 poichè non ha più il libero esercizio della sua proprietà; trovandosi il suo fondo gravato da una servitù, deve sopportarne le conseguenze. Ciò è pure fondato sulla ragione e sull'equità. Io stipulo il diritto di avere degli alberi sul limite di separazione del mio fondo. È certo che dal momento stesso in cui gli alberi saranno piantati estenderanno i loro rami su

---

(1) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 216, nota 24. Bisogna aggiungere una sentenza di Lyon del 14 giugno 1862 (Dalloz, 1867, 5, 398).

fondo del vicino; e tuttavia costui potrà intimarmi di tagliare i rami! Tagliandoli, io guasto gli alberi, li mutilo, li farei perire; è forse questo che ho voluto stipulando il diritto di piantare?

I principii sono i medesimi quando è la destinazione del padre di famiglia quella che mi attribuisce il diritto di conservare alberi ad una distanza minore della legale, poichè la destinazione altro non è che una convenzione tacita. Soltanto è ancora più evidente, in questo caso, che il padre di famiglia il quale ha piantato gli alberi ha voluto avere non alberi mutilati, ma alberi completi, come la natura li produce; questi alberi, egli li ha piantati con un animo di perpetuità, e debbono quindi essere conservati, dopo la separazione dei fondi, con i loro rami; dunque il vicino sul cui fondo i rami si estendono non può esigere che siano tagliati.

Rimane la prescrizione. Qui si potrebbe far ricorso alla massima *tantum praescriptum quantum possessum;* ma noi crediamo che non la s'invocherebbe a proposito. La prescrizione suppone, almeno in generale, l'esistenza d'un titolo antico che la parte interessata non può provare. In questo caso, è certo che la prescrizione deve avere i medesimi effetti dei titoli ch'essa implica; rientriamo dunque di fatto e di diritto nella prima ipotesi. Quando non vi è titolo, la prescrizione suppone una rinunzia, dunque un consenso di colui contro il quale si prescrive. Qual'è, nella specie, la portata di questo consenso? Siccome è tacito, si può sempre sostenere che il proprietario il quale consente ch'esistano degli alberi sul limite del suo fondo non intende rinunciare al diritto di farne tagliare i rami. Tuttavia una simile intenzione è poco probabile, perchè è in contraddizione con la natura delle cose. Consentire a che vi siano alberi piantati così davvicino che inevitabilmente i loro rami inoltreranno sul fondo contiguo, non è consentire che i rami siano conservati? Il buon senso risponde di sì, ed il diritto non deve gratuitamente dar di cozzo contro il buon senso (1).

19. Il diritto di conservare i rami che si protendano sul fondo del vicino può essere acquisito per titolo; ciò non ammette alcun dubbio. Se gli alberi sono stati piantati alla distanza legale, ma estendono i loro rami sul fondo contiguo, il vicino ha diritto d'esigere che siano tagliati; ma egli può consentire altresì che siano conservati: è questa una servitù che le parti interessate sono libere di stipulare, poichè nulla ha di contrario all'ordine pubblico. Potrà questa servitù essere costituita altresì per destinazione dal padre di famiglia? La questione è controversa; noi non esitiamo a deciderla affermativamente. Quando, al momento della separazione dei due fondi, gli alberi

---

(1) MOURLON, è il solo autore, a nostra conoscenza, che sia di questo parere (*Répétitions*, t. I, p. 790).

già protendessero i loro rami sul fondo contiguo, non vi è guari dubbio: la destinazione altro non è che la conservazione dello *statu quo* stabilito del padre di famiglia; salvo il caso che la si respinga in modo assoluto per tutta la soggetta materia, è forza di ammettere che le piantagioni sussisteranno come l'antico proprietario le aveva destinate, non già colla facoltà di mutilarle, ma col loro ornamento naturale, con i rami ed il fogliame (1). Si obbietta contro lo stesso principio, che la teoria della destinazione non possa applicarsi ad una piantagione, non avendo essa quella fissità che esige la destinazione onde implichi l'animo di perpetuità. Tutto ciò ch'è permesso di affermare, si dice, è che il proprietario ha voluto conservare gli alberi, ma li conserverà come esistevano quando ha separato i due fondi? Ciò dipende dal suo interesse; li conserverà se non nuocciono alla coltura, li diramerà se la coltura debba soffrirne. Mancano dunque le condizioni che si esigono per la destinazione (2). Abbiamo risposto dianzi all'obbiezione. Chi procede alla piantagione lo fa con animo di perpetuità, poichè non si piantano alberi oggi per estirparli domani; e se lo scopo è quello della conservazione delle piante, occorre pure che queste siano conservate integre e non mutilate, poichè mutilarle, il più delle volte, equivale a farle perire. Nel momento dunque in cui il proprietario che ha piantato vende, vi è sopra uno dei due fondi una piantagione destinata a rimanervi e ad estendere i suoi rami sull'altro fondo; questo quindi è destinato a ricevere tali rami senza che il proprietario abbia diritto di farli tagliare, poichè ciò sarebbe contravvenire alla legge tacita del contratto. Non è questa una destinazione del padre di famiglia? (3)

20. La dottrina e la giurisprudenza sono pressochè unanimi nel riconoscere che il proprietario di un albero non può acquistare con la prescrizione il diritto di conservare i rami che si estendono sul fondo vicino. Si dice che la prescrizione è impossibile, perchè nella specie non riscontransi le condizioni per la prescrizione richieste. Quali sono dunque le condizioni che fanno difetto? Si legge in una sentenza della Corte di cassazione: « Che l'articolo 672, il quale attribuisce al vicino il diritto di far tagliare i rami quando inoltrano sul suo fondo, consacra una facoltà il cui non uso costituisce una semplice tolleranza di buon vicinato e non include in alcun modo rinuncia da parte del proprietario al diritto di far cessare, in qualche tempo, uno stato di cose contrario e nocivo alla sua proprietà (4) ».

(1) Demolombe, t. XI, p. 574, n. 508. Duranton, t. V, p. 438, n. 399.
(2) Aubry e Rau, t. II, p. 217, nota 29 e le sentenze che vi sono citate.
(3) Sentenza del tribunale di Auxerre del 17 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 3, 80).
(4) Sentenza di rigetto del 9 luglio 1867 (Dalloz, 1867, 1, 252). Confronta sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 24 novembre 1849 (*Pasicrisie,* 1850, 1, 47).

È vero che gli atti di tolleranza non possono servire di fondamento nè al possesso nè alla prescrizione (art. 2232). Ma quando vi è atto di tolleranza? Si può stabilire a rigor di principio che il tale atto sia necessariamente di semplice tolleranza, come fa la corte di cassazione? Ciò equivarebbe a creare una presunzione senza una formale disposizione del testo. La legge stabilisce una simile presunzione per le servitù discontinue, come il diritto di passaggio; ma per le servitù continue vi è presunzione contraria. Non si può dunque affermare *a priori* che l'inazione del vicino il quale non usa del suo diritto, sia un atto di semplice tolleranza. È anche una contraddizione nei termini il dire, da una parte, che vi è un'usurpazione sulla proprietà nociva al vicino, dall'altra, che il vicino la soffra per tolleranza. Lo stesso potrebbe affermarsi di colui che lascia sussistere delle finestre che il suo vicino ha praticato in un muro contiguo: la tolleranza non si presume, deve provarsi.

Si dice ancora che la prescrizione è impossibile perchè non si potrebbe determinare il suo punto di partenza. Come conoscere il giorno in cui i rami hanno oltrepassato il fondo? E supponendo che lo si conosca, vi sarebbe una nuova difficoltà: la prescrizione non potrebbe essere invocata che per quelle parti di rami che inoltrassero da oltre trent'anni sul fondo del vicino; e siccome l'accrescimento dei rami avviene di giorno in giorno, bisognerebbe contare altrettante piccole prescrizioni, quanti gradi vi fossero nella gettata e nello sviluppo dei rami (1). Quest'obbiezione non ci sembra seria. È sempre difficile stabilire quando esattamente abbia inizio una prescrizione qualsivoglia; ma che importa? Una difficoltà non è una impossibitità. Dopo tutto, spetta a colui che invoca la prescrizione di provare che esiste; se non giunge a dimostrarla, non vi sarà servitù. Ma è giuridico il dire: la prova è difficile, dunque è impossibile, dunque non può esservi prescrizione? Ed è notevole che questa prova la quale viene dichiarata impossibile è, per taluni alberi, dimostrata dall'istessa natura. Ciò che la natura fa per gli uni, potrebbe benissimo essere constatato dai periti per gli altri (2).

L'opinione generale ammette che la prescrizione può incominciare dal giorno in cui il proprietario degli alberi contraddice al diritto che il vicino avrebbe voluto esercitare di farne tagliare i rami (3). Ciò non può suscitare alcun dubbio. Ma ci

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 575, n. 509. AUBRY e RAU, t. II, p. 219, nota 27, e le autorità che vi sono citate.

(2) TROPLONG, *De la prescription*, t. I, n. 347. É questa l'opinione insegnata da VALETTE (MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 791, nota). La giurisprudenza è contraria. Una sentenza del tribunale di Limoges, resa nel senso della nostra opinione, è stata riformata in appello (DALLOZ, 1847, 2, 12).

(3) DEMOLOMBE, t. XI, p. 577, n. 510, secondo DEMANTE, t. II, p. 620, n. 527 *bis* II.

sembra che la contraddizione sia inutile. Il solo fatto che i rami si stendono sul fondo del vicino costituisce una usurpazione sulla sua proprietà, altrettanto certa quanto se il proprietario vi avesse fabbricato; ecco una contraddizione permanente che in ogni istante mette in mora il vicino di agire per respingere l'usurpazione di cui è minacciato. Non sono queste le condizioni di qualunque prescrizione?

21. Quanto alle radici, tutti s'accordano nell'affermare che il diritto di tagliare è imprescrittibile. Siccome ogni diritto si prescrive, occorrono delle ragioni perchè non si prescriva quello di tagliare le radici. Gli uni dicono che il possesso di colui che invoca la prescizione è necessariamente clandestino. Ancora una volta diciamo che ciò equivale a trasformare un punto di fatto in presunzione. Quantunque le radici siano sotto terra, il possesso può essere pubblico; infatti, la grossezza dell' albero, la distanza cui è piantato, anche dei segni esterni possono stabilire in modo evidente che le radici si estendono nel fondo del vicino. Altri dicono che tagliare le radici è un diritto di pura facoltà, e perciò imprescrittibile. Si abusa singolarmente di questa massima, e noi avremo occasione di riprenderla in esame al titolo della *Prescrizione*. Per ora ci contenteremo di osservare che il diritto attribuito dall'articolo 672 di tagliare le radici è la sanzione del divieto stabilito dall'articolo 671, nel senso che è la repressione delle usurpazioni commesse dal vicino; ora, una usurpazione è una costituzione in mora ad agire, quindi non può più parlarsi d'un diritto di pura facoltà (1).

N. 4. — Dei frutti degli alberi.

22. Quando gli alberi protendono i loro rami sul fondo del vicino, sorge qualche difficoltà relativamente ai frutti pendenti dai medesimi. Può dirsi anzi che ben poche questioni raccolgono una più grande diversità di opinioni (2). Nel silenzio del codice civile, bisogna ricorrere ai principii generali. Per ciò che riflette la proprietà di tali frutti, non può cader dubbio. I frutti pendenti dai rami, come quelli che sono uniti alle radici, appartengono al proprietario del suolo in cui si trova l'albero. Poco importa che i suoi rami s'inoltrino sul fondo del vicino; questa usurpazione attribuisce a quest'ultimo la facoltà di esigere che i rami siano tagliati, ma non gli conferisce alcun diritto sui frutti: gli stessi rami, se sono tagliati, rimangono al

(1) Vedi, in senso contrario, Demolombe, t. XI, p. 577, n. 511, e le autorità da lui citate

(2) Vedi le diverse opinioni in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 678.

proprietario dell'albero; gli rimarranno quindi anche i frutti che ne pendono. Il vicino sul fondo del quale si estendono i frutti, non ha dunque alcun diritto sovra di essi; egli non può raccoglierli per appropriarseli. Ma può farli suoi quando cadono? Duranton dice ch'egli può prenderli come cosa trovata sul suo fondo, come cosa che presumesi abbandonata, come compenso del danno che gli procura l'ombra degli alberi (1). Ma ciò equivale a fare la legge, e quel che è peggio, ci sembra, a farla molto male. Colui che trova dei frutti non ne diviene proprietario, più che nol divenga di qualunque altra cosa trovata; al contrario, egli deve restituirli al proprietario dell'albero; non si presume che costui li abbandoni, perchè non si presume che alcuno abdichi alla sua proprietà. Quanto al danno che il vicino soffre dall'ombra, egli potrà valersi dei mezzi legali, fare estirpare l'albero se non è piantato alla distanza voluta, esigere che i rami che si protendono sul suo fondo siano tagliati. Qui si arresta il suo diritto, poichè qui si ferma la legge.

23. I frutti appartengono dunque sempre al proprietario dell'albero. Ma come li raccoglierà? Vi erano nell'antico diritto consuetudini che permettevano al proprietario dell'albero di passare sul fondo del vicino per raccogliere i frutti. Queste usanze sono abolite, non v'ha dubbio. È vero che il codice civile non si occupa in modo speciale dei frutti degli alberi i cui rami inoltrano sul fondo contiguo; ma basta che la materia delle piantagioni sia regolata dal codice, perchè le antiche usanze che la concernevano rimangano abrogate. Tal'è il principio stabilito dalla legge del 30 ventoso anno XII (art. 7). La giurisprudenza è in questo senso (2).

Gli autori si sono studiati di trovare un mezzo legale per concedere un passaggio al proprietario dell'albero. Per Toullier il còmpito è facile, egli pronunzia da legislatore. « Il proprietario dell'albero, egli dice, ha il diritto di recarsi a raccogliere i suoi frutti caduti sul fondo del vicino e può costringerlo a dargli il passaggio necessario: è una *servitù legale* stabilita dalle *leggi del buon vicinato* ». É questa una servitù legale creata da tutt'altri che dal legislatore, perchè le pretese *leggi del buon vicinato* sono invenzione di Toullier. Delvincourt permette il passaggio quando il fondo non è chiuso, e lo rifiuta in caso di chiusura. La distinzione è arbitraria; il passaggio sopra il fondo altrui è proibito, sia il fondo chiuso o no, poichè, passare senza il permesso del proprietario, è violare il diritto di proprietà. Pardessus crede che il proprietario dell'albero abbia diritto di reclamare un passaggio corrispondendo un'indennità,

---

(1) DURANTON, t. V, p. 441, n. 400.

(2) Sentenza di Cassazione del 31 dicembre 1810 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 670). Bastia, 3 marzo 1856 (DALLOZ, 1856, 2, 85).

per analogia di ciò che l'art. 682 dice del proprietario i cui fondi sono circondati da tutte le parti. Si risponde, e con ragione, che le servitù legali non si stabiliscono per analogia, poichè debbono sempre interpretarsi in modo affatto restrittivo. Marcadé tronca la difficoltà a suo modo: il vicino che consente a lasciar sussistere i rami che potrebbe recidere è obbligato a lasciar passare il proprietario dell'albero per venire a raccogliere i suoi frutti. Così un diritto si converte in una obbligazione! Ciò che costituiva una sanzione del diritto di proprietà diviene una violazione della proprietà stessa! (1).

24. Trascuriamo altre opinioni: ciascun autore ha la sua. Ci si permetterà dunque d'aver la nostra. Se il vicino raccoglie i frutti o raduna quelli che cadono, deve restituirli al proprietario dell'albero; è l'obbligazione di diritto comune che incombe a coloro che trovano una cosa di cui conoscessero il proprietario, come diremo trattando delle cose perdute (art. 717). Ma che fare se il vicino non raccoglie i frutti? Noi non vediamo altra soluzione che un'azione giudiziaria; s'intimerà al vicino di raccogliere i frutti egli stesso o di lasciarli raccogliere. Si domanderà su che è fondata l'obbligazione di raccogliere i frutti se il vicino non consenta di dare un passaggio per farne la raccolta? Su ciò che egli non può ritenere cose che non gli appartengono. I frutti maturi sono proprietà del padrone dell'albero; se il vicino li serba, si appropria una cosa sulla quale non ha nessun diritto; dunque potrà essere obbligato a farne consegna a colui che ne è proprietario.

§ IV. — *Della distanza e delle opere intermedie richieste per talune costruzioni.*

N. 1. — Delle misure prescritte nell'interesse generale.

25. L'art. 674 dispone: « Quegli che fa scavare un pozzo od una latrina presso un muro, sia o non sia comune; quegli che vuole costruirvi un camino o focolare, una fucina, un forno od un fornello; ovvero appoggiarvi una scuderia; o stabilire contro questo muro un magazzino di sale, od un ammasso di materie corrosive è obbligato a lasciare la distanza prescritta dai regolamenti ed usi particolari intorno a tali oggetti, e di fare le opere prescritte dai medesimi regolamenti ed usi, perchè non rechi danno al vicino ».

Questa disposizione suppone che la distanza da osservarsi per talune costruzioni, e le opere intermedie che si è tenuti a fare, abbiano per solo scopo di evitare che le costruzioni

(1) Toullier, t. II, p. 232, n. 517. Delvincourt, t. I, p. 162, nota 8. Pardessus, t. I, p. 442, n. 196. Marcadé, t. II, p. 588, art. 672, n. V.

nuocciano al vicino. É questo il punto di vista del diritto privato. Ma si debbono altresì tutelare interessi generali di sicurezza e di salubrità. L'interesse generale domina talvolta; così accade degli stabilimenti pericolosi, insalubri od incomodi; siccome l'intiera società od almeno tutto il vicinato vi ha interesse, le leggi ed i regolamenti prescrivono talune condizioni speciali: l'obbligo dell'autorizzazione, una istruzione preliminare, delle perizie. Noi lasciamo da parte questa materia, perchè appartiene al diritto amministrativo. Quanto agli altri stabilimenti o costruzioni, essi rimangono sotto l'impero del diritto comune, di cui l'art. 674 è una applicazione. Qui è l'interesse privato che domina, ma talvolta vi si aggiunge un interesse generale. Quando vi è in causa un interesse sociale, l'autorità amministrativa ha diritto di provvedervi; donde i regolamenti ai quali l'art. 674 rinvia e che esso conserva. Tali sono le misure di precauzione che debbono essere osservate nella costruzione dei camini, dei focolari, delle fucine, forni o fornelli; esse tendono a prevenire gl'incendii, ciò che riflette nel contempo l'interesse pubblico ed il privato. Le latrine, le stalle interessano la sanità pubblica; mentre i magazzini di sale o gli ammassi di materie corrosive e non toccano che l'interesse del vicino contro il cui muro si addossano.

26. La distinzione è importantissima, poichè i principii che regolano l'interesse privato differiscono affatto da quelli che governano l'interesse generale. A termini dell'art. 6 del codice Napoleone, non si può derogare con private convenzioni alle leggi concernenti l'ordine pubblico: questo principio riceve applicazione a tutto ciò che riguarda l'interesse generale. Ne risulta che la rinuncia alle misure di precauzione prescritte per talune costruzioni non è valida se non quando siano in giuoco soltanto interessi privati. Invano uno dei vicini permetterebbe all'altro di costruire un forno od una latrina senza osservare i regolamenti. Egli può bene rinunziare a ciò ch'è stabilito in suo favore, non già a quanto sia decretato nell'interesse della società. Contro questa specie d'interesse non si ammette neppure la prescrizione: e ciò per la stessa ragione giuridica. La prescrizione include una rinuncia; essa non può quindi concepirsi quando l'interesse della società esige che si prendano talune misure, necessarie per garantire la vita e la salute degli uomini (1).

Questa distinzione serve altresì a decidere una questione che sorge circa l'interpretazione dell'art. 674. La legge dice che bisogna costruire con talune precauzioni quando si fa un pozzo od una latrina presso un muro *in comune o non,* il che lascia supporre che i regolamenti e gli usi siano applicabili anche quando il muro sia proprietà esclusiva di chi costruisce. Ciò

---

(1) Demolombe, t. XI, p. 585, n. 515. Aubry e Rau, t. II, pag. 220 e note 7 e 8.

sarà certamente vero quando si trovi in causa l'interesse pubblico; poichè nessuno può fare della sua cosa un uso che comprometta la vita o la sanità d'altrui, ovvero minacci la conservazione delle proprietà. Poco importa dunque che il muro contro il quale voglio costruire un forno mi appartenga, dovrò in ogni modo osservare i regolamenti. Ma se la costruzione non può ledere che l'interesse privato, se non può nuocere che al muro a ridosso del quale è elevata, l'art. 674 non è applicabile, il proprietario del muro è libero di danneggiare la sua cosa, dal momento che non nuoce al diritto del suo vicino. Si rientra, in questo caso, nel diritto comune che regola l'esercizio della proprietà. Ciò risponde all'obbiezione letterale. *Sia o no comune*, dice l'art. 674 (1). Il testo deve essere interpretato secondo i principii generali; ora, questi principii impongono una distinzione, e quando i principii esigono che si distingua, l'interprete può e deve distinguere (2).

N. 2. — Delle misure prescritte nell'interesse privato.

27. Il codice conserva vigore, in questa materia, ai regolamenti ed agli usi particolari. Berlier ce ne dice la ragione: « La legge non potrebbe prescrivere l'impiego di tali o tali altri materiali che non esistono ugualmente da per tutto: qui si ha la pietra di taglio, lì non vi sono che mattoni, e tuttavia questi elementi sono la vera, l'unica misura delle obbligazioni ulteriori; poichè il mio vicino, se vuol costruire un camino, una fucina od un forno, non può però mettere la mia proprietà in pericolo, e ciò potrà avvenire se egli impieghi piuttosto taluni materiali che tali altri, ovvero se, a seconda della natura delle mie costruzioni, egli avvicini a queste più o meno le sue. Fu dunque necessario rimettersi su questo punto ai regolamenti ed agli usi locali, e rinunciare per necessità al beneficio dell'uniformità in una materia che non la tollerava » (3). L'articolo 674 si riferisce ai regolamenti ed agli usi, in quanto concerne la distanza da osservare e le opere da costruire. Esso non prevede il caso in cui non vi siano nè regolamenti nè usi. Se ne dovrà concludere che, in questa ipotesi, i proprietari siano liberi di costruire come lor talenta, salvo a rispondere del danno che cagionassero con le loro costruzioni, nel caso che queste vengano a ledere il diritto del loro vicino? Ci

(1) PARDESSUS, t. I, p. 451, n. 200. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, pag. 218, e nota 2. Confronta sentenza di Bruxelles del 24 ottobre 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 517. La massima è così mal redatta che non si comprende bene che cosa abbia voluto decidere la sentenza.
(2) Vedi il tomo I dei miei *Principii*, n. 140.
(3) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 13 (LOCRÉ, t. IV, p. 181).

sembra che a ciò conduca il rigore del diritto. La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalla legge o dai regolamenti. È questa la definizione che ne dà l'art. 544. Quando dunque non vi sono regolamenti nè usi che tengano luogo di leggi, i quali restringano il diritto del proprietario, costui può fare della sua cosa ciò che vuole. Si dice che bisognerà applicare per analogia l'articolo 662, e far regolare da periti i mezzi necessari perchè la nuova opera che uno dei vicini vuol costruire non sia nociva all'altro (1). La disposizione dell'articolo 662 sarà infatti applicabile se il muro è comune, ma non potrà certo essere estesa ad un muro non comune. È l'articolo 674 che regola la quest'ipotesi; ed esso nulla prescrive, in mancanza di regolamenti e di usi. Si rientra quindi nel diritto comune, e questo null'altro è che il potere assoluto del proprietario.

Senza dubbio la proprietà subisce un'altra restrizione che non è prevista dall'articolo 544, ma che risulta dalla coesistenza dei proprietari nella società civile. Io non posso fare della mia cosa un uso che leda il diritto del mio vicino. Se, costruendo sul mio fondo, offendo il diritto di costui, ne debbo rispondere (2). Ma in quale caso potrà affermarsi che io apporti lesione al diritto d'un altro proprietario? Quando l'opera è di tal natura che comprometta i diritti che ogni uomo ed ogni proprietario ha nella società civile. Ora, l'articolo 674 prevede precisamente delle opere che per la loro natura sono pericolose al vicino. Dunque coloro che costruiscono dovranno prendere le precauzioni necessarie per non nuocere al diritto dei loro vicini. Soltanto non si può dire *a priori* che essi debbono far regolare queste misure da periti. Certo che la prudenza lo suggerisce loro al fine di porsi al sicuro da una azione giudiziaria; ma la legge non lo impone già come un obbligo. Se vi è istanza di parte, s'intende da sè che i tribunali avranno il diritto di prescrivere una perizia e ordinare l'eseguimento delle opere che gli esperti avranno giudicato necessarie.

28. Il codice non conserva in modo assoluto i regolamenti e gli usi antichi sulle costruzioni; esso non prevede che un caso speciale, quello in cui il proprietario voglia costruire *a ridosso di un muro, sia questo o no comune.* Che bisognerà dire dei regolamenti sulle costruzioni le quali non sono fatte contro di un muro e che nondimeno sono di tal natura da cagionare un danno al vicino? È certo che questi regolamenti ed usi sono abrogati dalla legge del 30 ventoso anno XII,

---

(1) MOURLON, t. I, p. 792. Confronta DEMOLOMBE, t. XI, p. 591 n. 521, e gli autori che cita.
(2) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 143.

poichè il codice tratta della materia delle costruzioni nell'articolo 674, e la legge precitata abroga tutti gli antichi regolamenti ed usi relativi alle *materie* trattate dal codice civile. In mancanza di regolamenti ed usi, si rientra di nuovo nel diritto comune. Il proprietario può costruire, ma risponde del danno che cagiona, se lede il diritto dei suoi vicini. La prudenza richiede che egli ricorra alla perizia; ma ciò non costituisce un obbligo. Se non prende alcuna misura di precauzione, il vicino minacciato può agire in giudizio? L'affermativa ci sembra certa. Dal momento che il suo diritto è minacciato egli ha azione: nulla lo costringe ad attendere che il danno sia cagionato realmente, poichè la sua azione si fonda sulla lesione d'un diritto. Il tribunale, in questo caso, potrà consultare gli antichi usi o regolamenti, come consultare i periti, e potrà ordinare le opere che questi suggeriscono: ciò non è applicare disposizioni abrogate, ma decidere in fatto (1).

29. Un'analoga difficoltà si presenta ancora nell'applicazione dell'articolo 674. Si domanda se questa disposizione sia limitativa nel senso che non si applichi a costruzioni non previste dalla legge, quantunque si facciano contro un muro sia o no comune. Bisognerà attenersi, in questo caso, ai regolamenti ed agli usi antichi? Questa ipotesi differisce da quelle che abbiamo esaminate. Dal momento che si tratta di costruzione a ridosso di un muro, si è sotto l'impero dell'articolo 674; questo ha voluto appunto regolare simili costruzioni, ed ha fatto rinvio ai regolamenti ed agli usi locali, non potendo provvedere alle diverse necessità in modo perfettamente uniforme. A nulla importa che la costruzione non sia tassativamente preveduta dalla legge; essa, invero, stabilisce un principio, per meglio dire, applica il principio generale che regola l'esercizio della proprietà alle opere costruite a ridosso di un muro, quando queste opere sono di tal natura da ledere i diritti del vicino. Il codice non ha potuto enumerare tutte queste costruzioni; quelle che cita sono piuttosto un esempio che una limitazione; spetta dunque al giudice applicare il principio alle costruziani analoghe. Così l'articolo 674 parla del *pozzo* che si voglia scavare presso un muro; nulla dice dei canali destinati alla condotta delle acque, e tuttavia è certo che i canali cagionano la medesima umidità dei pozzi, e possono cagionare infiltrazioni pericolose per la proprietà del vicino. Si è dunque nella lettera e nello spirito della legge; se vi sono regolamenti od usi, i tribunali dovranno applicarli (2).

Ciò non vuol dire che qualunque specie di costruzione fatta a ridosso di un muro cada sotto il disposto dell'articolo 674.

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 219 e nota 4, e le autorità che vi sono citate.

(2) PARDESSUS, t. I, p. 446, n. 199; DEMOLOMBE, t. XI, p. 589, n. 520. AUBRY e RAU, t. II, p. 218 e nota 3.

La facoltà dell'apprezzamento d'ogni singolo caso spetta all'autorità giudiziaria, poichè si tratta dell'applicazione analogica della legge. I tribunali potranno quindi decidere che l'opera per la quale non si sono osservati i regolamenti e gli usi antichi non è di quelle prevedute dall'articolo 674. Così è stato giudicato che i tubi di smaltimento delle materie fecali non entrano nella classe delle opere contemplate da questa disposizione, quantunque i commentatori della consuetudine di Parigi abbiano considerato i tubi di smaltimento alla medesima stregua delle latrine. È sembrato alla Corte di cassazione che i tubi di condotta fossero molto meno pericolosi pel vicino che non le fosse di latrina; ora, dal momento che per sua natura l'opera non lede il diritto del vicino, l'articolo 674 non trova più applicazione (1).

30. L'articolo 674 s'applica al caso in cui il muro è comune. Si domanda se questa disposizione deroghi a quella dell'articolo 662 (2). La questione è male enunciata, poichè i due articoli prevedono casi diversi. Nell'articolo 674, si tratta di lavori che per loro natura ledono i diritti del vicino, e che per questo motivo debbono esser fatti secondo i regolamenti e gli usi. Il tribunale non potrebbe decidere che le costruzioni menzionate nell'articolo 674 non essendo pericolose nè compromettenti pel vicino, non richiedono l'osservanza delle precauzioni prescritte dagli usi e dai regolamenti: il giudice è vincolato dalla legge. Al contrario, l'articolo 662 non parla nè di regolamenti nè di usi. Esso vuole soltanto che il vicino il quale pratica un incavo nel corpo di un muro comune, o che vi applica ed appoggia alcuna nuova opera, ottenga il consenso del comproprietario, ovvero, in caso di rifiuto, faccia determinare da periti le misure da prendersi. Anche quando il vicino non avesse voluto ricorrere ad una perizia, se, in base ad istanza del comproprietario, i tribunali decidono, con o senza il responso dei periti, che le opere non cagionano alcun pregiudizio a colui che agisce, l'azione cade per mancanza di interesse. Egli è altrimenti nel caso dell'articolo 674. Il tribunale deve ordinare l'applicazione dei regolamenti e degli usi locali perchè tengono luogo di legge; esso non può dispensare dalla loro osservanza, decidendo che le costruzioni non sono pregiudizievoli, poichè il codice le reputa tali.

31. Se il proprietario ha costruito senza osservare i regolamenti e gli usi, il vicino può domandare la distruzione delle opere oltre ai danni ed interessi, se ne è il caso, od almeno che le misure prescritte siano eseguite, se ciò può farsi senza

(1) Sentenza di rigetto del 7 novembre 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 295).
(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 587, n. 518. Confronta la relazione del consigliere MESNARD, sulla sentenza della Corte di cassazione del 7 novembre 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 297).

demolire le opere stesse. È stato deciso, in una fattispecie particolare, che a ragione della doppiezza del muro a ridosso del quale era stato costruito un forno, era inutile ordinare la costruzione di un contromuro (1). Questa decisione, a primo aspetto, sembra in opposizione coi principii che noi abbiamo stabiliti; tuttavia essa non è senza giustificazione. Se la misura imposta dai regolamenti e dagli usi consiste in un contromuro, si soddisfa di già alle loro prescrizioni, quando il muro abbia lo spessore di un muro ordinario aggiuntovi un contromuro. Ma il tribunale non potrebbe decidere, in via di massima, che tale costruzione prevista dalla legge non essendo nociva pel vicino, costui non possa esigere l'osservanza delle disposizioni regolamentari.

Se i regolamenti e gli usi sono stati osservati; e se nondimeno dalle costruzioni legalmente compiute risultasse un pregiudizio pel vicino, avrà costui un'azione? L'affermativa non è dubbia. Infatti, le misure prescritte dai regolamenti e dagli usi altro obbietto non hanno che di tutelare i diritti del vicino. Si suppone che mediante quéste precauzioni, il vicino non sarà leso; se nondimeno egli soffrisse un danno, conserverebbe il diritto che gli accorda la legge e potrebbe domandare la riparazione del danno che gli è stato cagionato, ed al bisogno la demolizione delle costruzioni. I tribunali decideranno secondo la necessità delle circostanze (2).

N. 3. — Dei fossati.

32. Questi principii si applicano ai fossati che i proprietari scavano sul confine dei loro fondi? Nell'antico diritto, colui che scavava un fossato sulla linea di separazione doveva lasciare al di là un certo spazio che si diceva il *riparo*. Come l'indica la parola, il *riparo* serviva ai lavori di riparazione; il proprietario del fossato doveva eseguirli sovra un terreno a lui appartenente. Inoltre, il riparo impediva alla terra del vicino di staccarsi dal suolo e cadere nel fossato. Questa obbligazione tendeva dunque a garantire la proprietà dei due confinanti. Se ne deduceva la conseguenza che il proprietario del fossato presumevasi proprietario del riparo. Questa servitù legale colla presunzione che ne discende esiste ancora nel diritto moderno? È con meraviglia che vediamo enunciata tale questione, e ci meravigliamo ancor più di trovarla risoluta affermativamente dalla giurisprudenza. Nè meno deplorevole è

---

(1) Riom. 14 novembre 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 685); Demolombe, t. XI, p. 593, n. 523.

(2) Sentenza del 29 gennaio 1829 (Dalloz, alla parola *Responsabilité*, n. 118, 1.°); Aubry e Rau, t. II, p. 220 e nota 9, e gli autori che ivi sono citati.

il fatto che la dottrina si lasci dominare dall'autorità delle sentenze, allorchè queste sono in aperta opposizione con i principii e con la legge. Demolombe porge delle ragioni perentorie contro l'opinione consacrata dalla giurisprudenza. Proibire al proprietario di scavare un fossato al confine del suo fondo è restringere il suo diritto di proprietà, è imporgli una servitù, la quale non potrebbe essere che una servitù legale; ora, può esservi una servitù legale senza una formale disposizione di legge? Quanto alla presunzione di proprietà relativa al riparo, essa suppone anzitutto una servitù che non esiste, suppone un testo di legge che non esiste neppure, poichè si tratta di una presunzione legale, la quale non può esistere se non in quanto sia consacrata dal legislatore.

Nulla si può rispondere a questi argomenti. Ma la giurisprudenza, dice Demolombe, sembra definitivamente stabilita nel senso contrario. È d'uopo adunque che i principii più certi pieghino innanzi alle autorità delle sentenze. Ma v'è un'autorità ben superiore a quella dei tribunali, ed è quella della stessa legge e dei principii su di essa fondati: è questa autorità appunto che noi invochiamo. Aubry e Rau hanno cercato di escludere le sentenze dicendo che esse risolvono piuttosto una questione di fatto che di diritto. Noi non vediamo a che serva questa interpretazione forzata la quale mena a far dire alle sentenze il contrario di ciò che dicono realmente. Perchè non confessare che la giurisprudenza è contraria alla legge e che ha torto? (1).

33. La Corte di Digione constata ch'era uso generale in Francia, e specialmente nell'antica Borgogna, di lasciare un piede al di là del fossato. Essa conviene che questa obbligazione non è scritta nel codice civile; ma, dice, si deve tener per costante che gli usi locali o antichi, sopratutto quelli che interessano l'agricoltura, non sono stati aboliti, salvo che non siano incompatibili con le disposizioni del codice. La Corte ha obliata la legge del 30 ventoso anno XII, la quale afferma precisamente il contrario. Poichè una Corte ha potuto dimenticare la disposizione fondamentale dell'articolo 7 di questa legge, noi la trascriver mo: « A partire dal giorno in cui il codice civile sarà reso esecutivo, le leggi romane, le ordinanze, le *consuetudini* generali o *locali,* gli statuti, i *regolamenti* cesseranno d'aver forza di legge generale o particolare nelle *materie* che sono l'obbietto delle dette leggi componenti il presente codice ». Dunque le antiche usanze sono abolite sol perchè il codice tratta della materia sulla quale queste usanze si erano stabilite. Ora, il codice non parla forse dei fossati? Ed è significante assai rilevare che mentre il codice afferma

(1) Demolombe, t. XI, p. 524, n. 464. In senso contrario, Aubry e Rau, t. II, p. 219, nota 6.

che le siepi non possono essere piantate che ad una certa distanza (art. 671), parlando poi dei fossati non si occupa della distanza alla quale possono o debbono essere scavati (art. 666 669). È inutile insistere; basta leggere l'articolo 7 della legge del 30 ventoso anno XII, gli articoli 666-669 e l'articolo 674 per convincersi che le antiche usanze sono abrogate.

Vi è una sentenza della Corte di cassazione che sembra concepita nel medesimo senso di quella della Corte di Digione. Noi diciamo che tale *sembra* essere il senso della decisione resa dalla Corte suprema; si tratta di una sentenza di rigetto. E si sa che la Corte prende spesso qualunque sorta di scappatoia per isfuggire alla necessità di cassare, senza mettersi in aperta opposizione con la legge. La sentenza constata anzitutto che, secondo l'antica consuetudine di Valois e secondo l'usanza ivi costantemente osservata, i fossati di chiusura o di delimitazione di una proprietà dovevano essere costeggiati da un argine o marciapiede della larghezza di quarantotto centimetri. La sentenza decide poi, che quest'usanza locale, il cui oggetto è di prevenire lo scoscendimento della terra contigua al fossato, nasce dai rapporti naturali del vicinato, e che nulla ha di contrario alle disposizioni del codice civile e si concilia con la definizione data dall'articolo 544 intorno alla proprietà (1). *Nulla ha di contrario!* Ora, l'articolo 544 dopo aver detto che la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, aggiunge: purchè non se ne faccia un uso proibito dalle leggi o dai regolamenti. Nella specie, non vi è nè legge, nè regolamento; vi sono antiche usanze abrogate: non vi è dunque alcuna limitazione alla proprietà, e per conseguenza il proprietario ha diritto di scavare un fossato al limite estremo del proprio fondo.

Ciò non è ammessibile, si dice. Colui che scavasse un fossato precisamente al confine, esporrebbe il fondo del vicino al pericolo di scoscendimenti, lederebbe dunque il suo diritto, e sarebbe per conseguenza tenuto a riparare il danno che gli cagionasse. Siamo d'accordo; è questa l'applicazione dei principî che regolano la proprietà. Bisogna concludere da ciò che di pieno diritto, in virtù delle antiche usanze, il proprietario debba lasciare la distanza determinata dagli usi tra il suo fondo e quello del suo vicino? Il giudice può condannarlo ai danni-interessi; può anche, per prevenire il danno futuro, obbligarlo all'arretramento del suo fossato; ma altro è decidere in fatto, altro è voler far rivivere le antiche usanze abolite dalla legge del ventoso. È Demolombe stesso che fa quest'osservazione.

---

(1) Sentenza di rigetto dell'11 aprile 1848 (Dalloz, 1848, 1, 82). Confronta sentenza di rigetto del 3 luglio 1849 (Dalloz, 1849, 1, 313), e del 3 gennaio 1854 (Dalloz, 1854, 1, 61); e Caen, 5 novembre 2859 (Dalloz, 1860, 2, 39).

34. Le antiche usanze essendo abolite, e potendo il proprietario, a tutto rigore, scavare un fossato sul confine del proprio fondo, non può parlarsi di una presunzione legale di proprietà relativa al riparo. Senza dubbio il giudice può decidere in fatto che vi è riparo e che appartiene al proprietario del fossato; è anche probabile che il proprietario abbia lasciato uno spazio di terreno al di là del suo fossato per mettersi al sicuro dall'azione di danni ed interessi del suo vicino; è questa una delle presunzioni *ad hominem* che si possono invocare dal giudice nei casi in cui è ammessa la prova testimoniale (art. 1353). Ma non si può andare più in là senza creare una presunzione legale, la quale non troverebbe appoggio nella legge: ciò che costituisce una vera eresia giuridica (1).

§ V. — *Delle luci e finestre sulla proprietà del vicino.*

N. I. — È una servitù ed a carico di qual fondo

35. La Sezione III comincia col dire (art. 675) che uno dei vicini non può, senza il consenso dell'altro, praticare nel muro comune alcuna finestra od apertura, in qual si sia maniera, anche con invetriata fissa. Indi gli articoli 676-679 determinano quali aperture possa formare il proprietario del muro.

Se il muro è contiguo al fondo altrui, il proprietario può praticarvi delle luci con inferriate e invetriate fisse. Il codice regola la costruzione di queste aperture, e stabilisce la distanza dal suolo che esse debbono avere. Il solo scopo di tali luci, dice l'articolo 677, è quello d'illuminare la camera in cui sono praticate: non debbono procurare una veduta sul fondo del vicino, e tanto meno esser costruite in guisa da permettere al proprietario di gittare alcunchè su questo fondo. Ecco perchè le luci debbono essere munite di cancelli di ferro e d'invetriate fisse, vale a dire costruite in modo che non possano aprirsi e non diano il mezzo di vedere sul fondo contiguo. È per la medesima ragione che non possono essere aperte che a sei od otto piedi al di sopra del pavimento.

Se il muro non è contiguo al fondo altrui, il proprietario può praticarvi delle finestre propriamente dette, purchè vi sia una distanza di sei piedi tra il muro ed il fondo del vicino, se trattasi d'una veduta diretta o finestra a prospetto, e di due piedi se trattasi d'una veduta obliqua. Intendonsi per vedute dirette quelle che sono praticate in un muro parallelo alla linea di separazione dei due fondi, e per vedute oblique quelle che

(1) La sentenza della Corte di cassazione dell'11 aprile 1848, riconosce implicitamente questa presunzione (Dalloz, 1848, 1, 82).

trovansi in un muro perpendicolare a questa linea e con essa formante un angolo retto. Ciò spiega la differenza di distanza che la legge richiede per le vedute dirette e le vedute laterali; le prime sono molto più gravose pel vicino; la legge le chiama finestre a prospetto, per indicare che servono essenzialmente a guardare sul fondo contiguo; ora, il vicino ha più a temere gli sguardi indiscreti di colui che vede direttamente sulla sua proprietà che non di quello il quale non può gettarvi che sguardi obliqui. Se non vi è una distanza di sei o di due piedi fra il muro ed il fondo vicino, il proprietario non può praticarvi delle vedute, non gli è consentito d'aprire che semplici luci.

Si dà ordinariamente il nome di *luci* alle aperture costruite nelle condizioni determinate dagli articoli 676 e 677; e diconsi *vedute* le finestre che possono aprirsi. La terminologia del codice civile non è affatto precisa. Nel titolo della sezione III, il legistatore parla del *prospetto* sulla proprietà del vicino; vi comprende dunque le *luci,* di cui tratta nella medesima sezione. Indi l'art. 696 qualifica le *luci* come *finestre,* mentre la costruzione prescritta dalla legge per le luci dimostra che non sono tali, poichè queste non si aprono e non permettono di vedere sul fondo contiguo. Non ostante l'inesattezza delle espressioni di cui il legislatore si serve, non vi è dubbio sulla sostanza del suo concetto. Egli la fa conoscere chiaramente dicendo che le *luci* hanno per obbietto d'illuminare le camere (art. 677), e che le *vedute* sono *finestre a prospetto,* finestre per le qual si riceve l'aria, e che servono a vedere più o meno comodamente, secondo che sono dirette o laterali (articoli 678 e 679).

36. Le luci e le finestre che il proprietario può praticare nel muro che gli appartiene, coll'osservanza delle condizioni determinate dalla legge, sono servitù ed a carico di qual fondo? La questione è assai controversa; essa tiene divisa tanto la dottrina che la giurisprudenza. Sembra quasi un conflitto fra il diritto romano ed il francese: coloro che si attengono strettamente al primo si studiano di applicare al codice civile le idee romane, mentre gli altri, scuotendo il giogo della tradizione, interpretano il codice secondo le nostre consuetudini, che hanno idee ben più giuste sulla proprietà e sui diritti che questa attribuisce. Si tratta di sapere se la proprietà è un diritto assoluto, in virtù del quale il proprietario possa fare sul fondo ciò che gli talenti, praticare nel suo muro quelle aperture che meglio gli garbino senza preoccuparsi della molestia che potesse eventualmente venirne al vicino. Quasi tutti gl'interpreti del diritto romano rispondono affermativamente; Cuiacio e Duareno sono i soli che non abbiano ammesso questo potere illimitato del proprietario; eglino si sono ispirati, non v'ha dubbio, piuttosto ai principî dell'equità consuetudinaria che al rigore romano. Il diritto romano è dominato dall'idea del potere, e dal potere assoluto: essa conduce logicamente a rico-

noscere al proprietario il diritto di praticare delle vedute nel suo muro, quantunque confini immediatamente col suolo altrui. Il vicino, da sua parte, ha la stessa facoltà: egli non può impedire al suo vicino di stabilire, nel proprio muro, quelle aperture che meglio gli piacciano; ma può, dal suo canto, fare una costruzione sul terreno da lui posseduto, di contro alle finestre, e per conseguenza ostruirle. Così vuole il diritto di proprietà. Si vedono tosto le conseguenze che ne risultano quanto alla interpretazione degli articoli 676-679. Queste norme apportano restrizione al diritto del proprietario; è dunque una servitù che la legge impone al suo fondo, e gliela impone nell'interesse del fondo vicino. Il proprietario del fondo gravato dalla servitù di non poter praticare delle aperture se non osservando le condizioni determinate dalla legge, può affrancarsene per effetto di un possesso contrario. Se, in un muro contiguo al fondo altrui, egli pratica delle *finestre* anzichè delle *luci*, e se le possiede durante trent'anni, avrà ricuperata la libertà del suo fondo, la servitù legale dell'articolo 676 sarà estinta. Ma non avrà per questo acquistato alcun diritto sul fondo del vicino; costui conserva, da sua parte, la libertà del proprio fondo, e potrà anche costruire contro le finestre del suo vicino senza esser tenuto a rispettare un preteso diritto di veduta che non esiste (1).

37. Gli autori del codice Napoleone hanno voluto consacrare questa dottrina? Qui comincia il dubbio. È certo che le servitù legali sono attinte, non alle leggi romane, ma al diritto consuetudinario. Le disposizioni degli articoli 676 e seguenti sono estratte quasi testualmente dalla consuetudine di Parigi. È dunque la tradizione francese quella che bisogna consultare e non già la romana. Ma è grande la difficoltà di precisare il senso e la portata dei principii del diritto consuetudinario. Esso non brilla pel suo rigore: anzi è dominato dall'equità germanica. Apriamo il commentario di Ferrière sulla consuetudine di Parigi; esso ci guiderà ad un nuovo principio che ha preso il luogo del potere assoluto dei Romani.

Ferrière enuncia nettamente la questione: « Colui al quale appartiene interamente un muro, contiguo al fondo altrui, può avervi o praticarvi delle finestre? » Egli risponde che taluni interpreti erano d'opinione che ciò dovesse venir permesso; essi invocavano la massima romana secondo cui ciascuno può fare sul suo fondo ciò che vuole, purchè non invada la proprietà altrui: *dummodo nihil immittatur in alienum*. È precisamente quello che sostengono oggidì i partigiani della teorica

---

(1) Per non moltiplicare le citazioni, ci limitiamo di rinviare a VOET (lib. VIII, t. II, c. 9); quanto al principio, e per l'applicazione alle servitù di veduta, a COEPOLLA (*De servit.* trattato I, c. 72). In una nota della *Pasicrisie* (1854, 2, 258) si cita un gran numero d'interpreti che sostengono la dottrina romana.

romana. Ma è questa la dottrina consacrata dalla consuetudine di Parigi? V'era un'altra opinione difesa da Cuiacio e Duareno. « Nessuno, secondo loro, può avere delle finestre nel muro di sua esclusiva proprietà che trovasi contiguo al fondo altrui: tale facoltà non può essere concessa perchè costituirebbe una facile occasione di controversie e di divergenze che è nell'interesse pubblico d'impedire » (1). Ecco collocate l'una di fronte all'altra le due opinioni estreme: l'una che permette al proprietario di aprire qualunque specie di finestre sul fondo vicino, l'altra che gli proibisce di praticarne alcuna. Che fa la consuetudine di Parigi? « La nostra consuetudine, risponde Ferriére, ha preso un temperamento *vantaggioso all'uno e non incomodo all'altro*; dovendo esser lecito di fare *in suo* ciò che meglio aggrada, essa permette a colui al quale appartiene interamente un muro di praticarvi delle finestre; ma impedisce che da queste si veda nel fondo del vicino, essa le permette soltanto per avere la luce dall'alto, e limitandole come fa, il vicino non ha alcun diritto di dolersi » (2).

Perciò la consuetudine di Parigi rigetta nel contempo l'assolutismo romano e la dottrina che nulla permette al proprietario; essa adotta un *temperamento* che concilia i diversi interessi nati dal conflitto dei diritti. Questo temperamento non è altro che una nuova teoria sulla proprietà. Perchè la consuetudine non voleva saperne del potere assoluto che i giureconsulti romani riconoscevano al proprietario? Perchè esso riesce dannoso concedendo al proprietario contiguo di vedere sopra il suo fondo. Ferriére riferisce, a questo proposito, una frase di Xenocrate il quale diceva « che aver finestra e veduta aperta e diretta sul vicino, è come se vi si avessero i piedi » (p. 1670, n. 23). La consuetudine non voleva saperne neppure della teoria contraria, ch'era altrettanto eccessiva; non permettere ad un proprietario d'aprire delle luci nel suo edificio equivale a rendere quest'ultimo inabitabile. Bisogna dunque transigere, accordando all'uno ciò che non nuoce all'altro. Non significa ciò che i diritti del proprietario nulla hanno di assoluto? Uno dei vicini non può fare nel suo muro quelle aperture che meglio gli aggradino, e l'altro non può impedirgli di praticare alcuna specie di finestre. Dunque il diritto dell'uno limita e modifica il diritto dell'altro. Così deve essere, altrimenti la coesistenza degli uomini nella società civile sarebbe impossibile. In conclusione, la proprietà è un diritto che subisce restrizioni necessarie nell'interesse della vita comune. Questa nuova dottrina non ha più il rigore romano, ma prevale pel suo spirito di equità e di umanità.

---

(1) Cujacio, *Observat.*, lib. I, c. 31; Duaren., *Anniversar. disputat.*, lib. II, c. 13.

(2) Ferriére, *Corps et compilation de tous les commentateurs sur la Coutume de Paris*, t. II, p. 1661, n. 1 e 2.

Ripudiando il potere assoluto del proprietario, la consuetudine di Parigi ha rigettate altresì le conseguenze che ne deducevano gl'interpreti del diritto romano? Qui si elevano nuovi dubbi, sui quali avremo occasione di ritornare. Ci occorre anzitutto vedere se gli autori del codice civile hanno conservato il principio consuetudinario, o sono ritornati alla teoria romana. Noi diciamo *ritornati*, poichè la dottrina del potere assoluto del proprietario era decisamente abbandonata dalla consuetudine di Parigi.

38. La Corte di Gand ha sanzionato la teoria romana; essa invoca in appoggio della sua opinione l'Esposizione dei motivi del titolo delle *Servitù*. Berlier ha dichiarato in questo punto che il codice civile non fa che riprodurre « tutto ciò che un uso costante e conforme alle regole della giustizia ha consacrato da secoli ». Ciò è verissimo, ma vuol forse dire che il legislatore francese ha adottato i principii romani? Vi è una ragione decisiva per negarlo. Quelle che il codice chiama servitù legali sono estranee al diritto romano: le disposizioni degli articoli 676-679 sono testualmente riprodotte dalla consuetudine di Parigi; è dunque la tradizione consuetudinaria che bisogna interrogare, è dessa che deve servire per l'interpretazione del codice civile. Ora, noi abbiamo dimostrato che la consuetudine aveva ripudiata la dottrina di un potere assoluto appartenente al proprietario, e che in suo luogo aveva posta la teoria del diritto di proprietà temperata dall'equità e dalle necessità sociali. Questo è di già decisivo; si può concepire che il legislatore francese abbia riprodotto testualmente le disposizioni della consuetudine di Parigi e che nondimeno abbia sanzionata la dottrina contraria del diritto romano? Ciò sarebbe talmente contradittorio che occorrerebbe una manifestazione di volontà bene espressa perchè si potesse ammettere un'anomalìa così ripugnante.

S'invoca ancora un altro passo dell'Esposizione dei motivi. Dopo aver detto che uno dei comproprietari d'un muro comune non può praticare luci o finestre sul fondo vicino altrimenti che per convenzione espressa, Berlier soggiunge: « Ma qui si tratta più specialmente di determinare sino a qual punto l'esercizio della proprietà può essere oneroso anche nel *muro proprio*, ed è sotto questo rapporto che l'incapacità di aprire vedute o luci sopra il vicino può e deve considerarsi come una servitù stabilita dalla legge. Gli è perciò che non si concede di aprire vedute o luci anche nel muro proprio, quando è contiguo al fondo altrui, se non sotto l'osservanza delle condizioni imposte dalla legge. Questa *modificazione del diritto di proprietà* non ha bisogno di essere giustificata; l'ordine pubblico non permette che alcuno usando della sua proprietà possa mettere in allarme gli altri sulla loro (1) ». Ciò suppone che

(1) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 2. (LOCRÉ, t. IV, p. 179 e n. 14, p. 81). Sentenza di Gand dell'11 maggio 1854 (*Pasicrisie*, 185 2, 634.)

per sè stesso il diritto di proprietà avrebbe dato al proprietario del muro il potere illimitato di praticarvi delle finestre; non è questa la teoria romana? Noi rispondiamo che lo scopo dell'oratore del governo non era di stabilire una teoria sulla proprietà, egli voleva solamente giustificare la qualifica di *servitù* che il codice dà alle disposizioni degli articoli 676-679. E che dice egli? Ciò che Ferriére aveva già scritto. Egli è certo che il codice restringe la proprietà di quegli cui appartiene il muro, nel senso che non può fare *in suo* ciò che vuole. Ma la legge non impone altresì una restrizione alla proprietà dell'altro vicino? Anche questo non può esser dubbio. Il testo medesimo del codice lo prova. Anzitutto il titolo parla *del prospetto sul fondo del vicino*. Non significa ciò che la proprietà del vicino è gravata d'un diritto di veduta, dunque di una servitù? Infatti, il proprietario del suolo aveva diritto di escludere l'occhio del vicino, come il diritto d'escludere il suo piede, per servirci dell'energica espressione di Ferriére. Ebbene, egli dovrà soffrire l'occhio curioso del vicino, e questi riceverà la luce e l'aria dalla sua proprietà. Così la grande preoccupazione del legislatore è, non di tutelare il preteso diritto assoluto del proprietario del muro, ma di garantire il vicino contro l'indiscreta curiosità del primo. Per meglio dire, pur imponendogli un carico, la legge lo circoscrive, lo attenua, nel mentre limita il diritto assoluto, se diritto assoluto vi è, di colui al quale appartiene il muro. Che cosa è, in conclusione, una servitù legale per gli autori del codice? Berlier lo dice più lungi: « l'uso della cosa propria, limitato nell'interesse dell'altrui (1) ». In breve, è il *temperamento* di Ferriére, il che esclude la dottrina romana.

39. Ora ci sarà facile di rispondere alla questione che abbiamo enunciata: qual'è la vera teoria del codice? Merlin (2), seguìto dalla Corte di cassazione del Belgio (3), afferma che, per diritto naturale, ciascuno ha facoltà di compiere tutto ciò che gli piace, ancorchè nuoccia al suo vicino, purchè non usurpi sul fondo di questi o che nulla vi getti o vi tramandi. E la teoria degli interpreti del diritto romano; ma non quella del codice civile. Dopo aver detto che la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, l'articolo 544 soggiunge: « purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti ». Fra le restrizioni alle quali è sottoposta la proprietà si trovano le così dette servitù legali. Sono queste vere servitù, vale a dire eccezioni alla pretesa libertà naturale, invocata da Merlin e dalla nostra Corte di cassazione? Per vero, l'eccezione è la regola, poichè tutti i fondi

(1) Esposizione dei motivi di BERLIER, n. 15 (LOCRÉ, t. IV, p. 181).
(2) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Servitude*, § III, t. XIV, p. 244.
(3) Sentenza di Cassazione del 19 maggio 1853 (*Pasicrisie*, 1853 1, 326).

sono gravati da queste servitù; ed esse risultano dalla natura medesima della proprietà come è definita dal codice. Non è dunque la libertà assoluta che costituisce lo stato normale, naturale della proprietà, ma la libertà ristretta dalle necessità sociali. Queste restrizioni sono nell'essenza della proprietà civile, e noi non ne conosciamo altre. La proprietà naturale, assolutamente libera, come l'immaginano gl'interpreti del diritto romano, condurrebbe alla conseguenza assurda che tutte le proprietà sarebbero serve, in diritto francese, poichè tutte sono soggette alle servitù stabilite dalla legge. No, le proprietà sono libere come lo sono gli uomini. Nello stato di società, non conosciamo libertà assoluta, nè per le cose, nè per le persone; la coesistenza degli uomini restringe necessariamente la libertà di ciascuno con l'uguale libertà degli altri; similmente, la coesistenza delle proprietà impone a ciascuna delle restrizioni che l'ugual diritto degli altri proprietari richiede. È quel che la nostra Corte di cassazione ha riconosciuto nella questione delle indennità reclamate dai proprietari gravati da una servitù legale: la Corte ha rigettato le loro pretese decidendo che questo asservimento era in realtà la condizione generale, dunque naturale della proprietà. La Corte ha consacrato ancora la medesima dottrina in materia di piantagioni (1). Berlier, la cui autorità s'invoca contro di noi, è in fondo della nostra opinione; a proposito delle piantagioni, egli dice: « il diritto di *qualunque proprietario* cessa là ove incomincia un pregiudizio pel suo vicino (2) ». È questo il principio su cui riposano le servitù legali; se tutti i fondi vi sono soggetti, non può trattarsi più di servitù, bisogna dire al contrario, che le servitù legali costituiscono lo stato naturale della proprietà (3).

È precisamente in materia di luci e di finestre che si vede la necessità delle restrizioni imposte, nella società civile, alla proprietà. Può il proprietario di un muro avere il diritto assoluto di praticarvi delle aperture, sotto la condizione soltanto di non immettere o gettar nulla sul fondo del suo vicino? Lo si afferma: la Corte di Gand (4) dice che ciò è l'applicazione d'una regola di diritto naturale. Benissimo. Ma il vicino può altresì invocare il potere assoluto del proprietario che si proclama come un diritto naturale. Ora, la proprietà è un diritto esclusivo, perchè ciascun proprietario può escludere dal suo fondo tutti coloro che vogliono penetrarvi; dunque in virtù di questo diritto di esclusione, il vicino di colui che vuol praticare delle finestre nel suo muro dirà che si oppone che l'occhio del suo vicino penetri nel suo fondo, come ha il diritto

(1) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 474, e retro, n. 13.
(2) Esposizione dei motivi, n. 12 (LOCRÉ, t. IV, p. 181).
(3) DURANTON, t. V, p. 428 e seg., n. 391; MARCADÉ, t. II, p. 596, art. 679, n. III, e p. 585, art. 672, n. 2.°.
(4) Gand, 11 maggio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 261).

di opporsi che vi penetri il suo piede. Ecco dunque in conflitto i nostri due diritti assoluti; l'uno tiene così bene l'altro in iscacco che entrambi sono paralizzati. La coesistenza degli uomini diviene una lotta permanente: voi aprite una finestra nel vostro muro, in virtù del vostro diritto assoluto: io la chiudo in virtù del mio diritto d'esclusione che è altrettanto assoluto quanto il vostro. A che condurrà questa guerra civile di tutti contro tutti? A rendere la vita comune impossibile, come sarebbe impossibile se ciascuno reclamasse quell'assoluta libertà che esisteva, si dice, prima della formazione delle società umane. Questo stato di natura e di libertà assoluta, anteriore alla società, è una finzione, tutti ne convengono. Conveniamo altresì che la libertà assoluta del proprietario è una finzione, la quale, ove volesse tradursi in realtà, distruggerebbe il diritto dell'uno col diritto dell'altro. Il proprietario del muro ha diritto di praticarvi delle aperture, perchè senza di ciò, nelle grandi città specialmente, le case diverrebbero inabitabili non avendo, per lo più, nè cortile nè giardino. Ma queste aperture debbono essere costruite in modo da non recar troppo incomodo al vicino. Qui entra in campo il saggio temperamento già consacrato dalle nostre antiche consuetudini e che il codice Napoleone riproduce. Ancorchè vi sia un cortile od un giardino, questi terreni non sono mai abbastanza estesi, dove la popolazione è agglomerata, perchè le finestre guardino esclusivamente sulla proprietà di colui che le pratica nel suo muro. Donde la necessità di un nuovo temperamento: dovrà osservarsi, cioè, una certa distanza prescritta dalla legge al fine di conciliare il diritto che uno dei vicini ha di vedere, col diritto dell'altro di non esser veduto.

Operando così, il proprietario del muro agisce in virtù del suo diritto di proprietà. Ecco perchè, nell'antico diritto, le aperture praticate in tal modo si dicevano vedute di *consuetudine*. Non erano vedute di *servitù,* poichè l'assoggettamento ch'esse implicano è la condizione naturale di ogni proprietà (1). Si possono aver tuttavia anche delle vedute di *servitù.* Quando è che la veduta di *consuetudine* si trasformerà in veduta di *servitù?* Le luci e le finestre praticate sotto l'osservanza delle condizioni stabilite dalla legge costituiscono l'esercizio del diritto di proprietà, temperato dalle necessità sociali. Ma nulla impedisce ai vicini di accettare una condizione più onerosa, gravando i loro fondi di una servitù di veduta. E ciò che può farsi per convenzione può ottenersi eziandio per prescrizione. Quando dunque una veduta di consuetudine sarà stata praticata, fuori delle condizioni legali, in un modo più gravoso pel vicino, non potrà più parlarsi di temperamento, di diritto di

---

(1) FERRIÈRE, *Commentaire sur la coutume de Paris,* t. II, p. 1667, n. 5. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 215, n. 317.

proprietà, ma si avrà una vera servitù. Tra le luci dell'una e dell'altra specie la differenza è grande, come ci proponiamo di dimostrare.

N. 2. — Delle luci e delle vedute dirette.

I. — Principii generali.

40. Il proprietario di un muro contiguo al fondo altrui, vi pratica delle luci con inferriate e invetriate fisse; egli le stabilisce alla distanza dal suolo stabilita dall'articolo 676. Queste aperture, chiamate luci, gli danno un diritto di servitù sul fondo del vicino? No; nel costruirle egli ha usato del diritto di proprietà, così come trovasi regolato dalla legge; ora colui il quale non fa che usare d'una facoltà a lui conferita dal diritto di proprietà non pretende con ciò di esercitare alcun potere sul fondo contiguo al muro. Il vicino non potrà domandare che queste aperture vengano alterate, poichè sono fatte in conformità della legge, ed ogni atto, legalmente compiuto, deve essere rispettato. Ma, da sua parte, il vicino ha pure un diritto di proprietà di cui può valersi; non essendo il suo fondo gravato di servitù, egli è libero di costruire sul suo terreno ancorchè ciò dovesse riuscire d'ostacolo alle luci del proprio vicino. Perchè gli fosse vietato di costruire, bisognerebbe che il suo fondo si trovasse gravato d'una servitù contraria; ora, il fatto di aprire delle luci in un muro non conferisce al proprietario un diritto di servitù sul fondo contiguo. Ciò è decisivo per la questione. Invano il proprietario del muro invoca un possesso purchessia: anche quando le luci sussistessero da oltre trent'anni, il proprietario non avrebbe acquistata una servitù sul fondo vicino; sia il possesso trentennario o annuale, è sempre l'esercizio del diritto di proprietà; esercitando il suo diritto di proprietà egli non può mai acquistare una servitù.

Su questo punto non vi è alcun dubbio (1). Ma dal principio si deduce una conseguenza che, a parer nostro, è mal sicura. Il proprietario ha praticato in un muro delle luci conformi alla legge. Il vicino acquista la comunione del muro. Può egli richiedere che le finestre siano ostruite, valendosi dell'art. 675, a termini del quale uno dei vicini non può praticare nel muro comune alcuna apertura, anche con invetriata fissa? Abbiamo già esaminata la questione trattando della comunione (2). A nostro avviso, il diritto comune debbe aver vigore. Colui che

(1) Vedi gli autori citati in AUBRY e RAU, t. II, p. 204, nota 16.
(2) Vedi, innanzi, n. 36 e 37, e t. VII, n. 515-521.

acquista la comunione del muro ha diritto di costruire, e, in conseguenza, di ostruire le luci; egli ha ancora diritto di opporsi a che, nel muro divenuto comune, siano praticate delle nuove aperture. Ma non è forse oltrepassare la legge il permettergli di ostruire le luci quando egli non ha in animo di far costruzione alcuna? Nel Belgio ed in Francia la giurisprudenza si è pronunciata in favore dell'opinione contraria (1).

I medesimi principii si applicano alle finestre. Se uno dei vicini pratica nel suo muro delle vedute o finestre a prospetto ad una distanza di sei piedi dal fondo contiguo, acquisterà una servitù qualunque su detto fondo? No, certo. Poichè egli non ha fatto che usare del suo diritto di proprietà, e colui che esercita tale diritto non acquista con ciò una servitù sul fondo del vicino. Costui rimane dunque libero d'usare dei suoi diritti di proprietario come gli talenta. Per conseguenza egli può costruire sul limite di separazione dei due fondi.

41. La legge non permette al proprietario d'un muro di praticarvi luci e finestre se non coll'osservanza di talune condizioni. Queste disposizioni restrittive sono applicabili anche nelle campagne? Secondo l'antico diritto, esse non erano usitate che per gli edifici delle città, almeno in talune consuetudini; secondo altre, si osservava una distanza legale nelle campagne, quando il fondo vicino era cinto da mura. Nell'esposizione dei motivi Berlier scrive, che si era da taluno reclamata qualche modificazione per ciò che riguardasse le abitazioni rurali; si preferì una regola comune alle campagne ed alle città, e con ragione; dal momento che le abitazioni sono limitrofe, sorgono le medesime necessità dovunque le case siano situate (2). Ciò non fa che confermare il principio quale noi lo abbiamo formulato: le restrizioni che subisce il diritto di proprietà, in quanto concerne le luci e le finestre, formano il diritto comune.

Parlando delle finestre, l'articolo 678 dice formalmente che non vi è a distinguere se il fondo su cui affacciano le finestre a prospetto sia o pur no chiuso. A primo aspetto, si potrebbe credere che se il fondo non è chiuso, il proprietario dell'uno abbia diritto di piena veduta sull'altro. Si domanda perchè egli perderebbe questo diritto se costruisse una casa sulla linea di confine del suo fondo? Gli è perchè la legge limita il diritto di aver vedute sul fondo del vicino con aperture praticate in un muro, mentre non restringe punto quello di veduta fra terreni non fabbricati. E vi è una ragione di questa differenza. Le vedute per mezzo di una finestra sono molto più gravose

---

(1) Liegi, 4 maggio 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 289); Bruxelles, 14 agosto 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 137).

(2) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 14 (LOCRÉ, t. IV, p. 181).

pel vicino che le vedute per mezzo di un terreno aperto. Come dice Marcadé, una finestra è un occhio incessante aperto sulla mia proprietà; io posso esser veduto dal mio vicino in ogni momento, senza che io lo veda; questo timore turba il mio riposo e la mia libertà. Al contrario, fra due fondi ugualmente aperti, le condizioni sono uguali; entrambi i vicini possono reciprocamente vedere ed essere veduti (1).

42. L'applicazione del principio non va scevra da difficoltà. Si domanda se le restrizioni legali concernenti le distanze sono applicabili ai muri d'un giardino o d'un parco che fossero contigui al fondo altrui, o che non si trovassero alla distanza prescritta dall'articolo 678. Gli uni rispondono che le vedute o finestre di cui parla il codice sono *evidentemente* quelle che illuminano gli appartamenti (2). Gli altri rispondono che questa distinzione è *evidentemente* erronea (3). Ciò dimostra, come abbiamo detto più volte, che si dovrebbe andar ben guardinghi nel pronunciare la parola *evidenza* in questioni di diritto. L'articolo 677, che parla delle luci, dice che non possono essere stabilite che otto piedi al di sopra del pavimento o suolo *della camera che si vuole illuminare*. È questa una semplice enunciazione od è una condizione? Anche su questo punto le discussioni possono essere infinite. Sempre però questa disposizione ci rivela lo spirito della legge; almeno non si può dire più essere *evidente* che la legge non ha tenuto alcun conto della natura dal fondo ricinto da un muro. Le restrizioni stabilite hanno tutte un solo e medesimo scopo, dare ad un fondo la luce necessaria perchè possa essere abitato, e regolare la costruzione delle aperture in modo che non siano incomode pel vicino. Ciò suppone delle abitazioni e non dei semplici muri di cinta d'un giardino o d'un parco: si ha bisogno di luci per illuminare un terreno aperto ai raggi del sole? Si dirà che ciò poco importa al vicino sul cui fondo si aprono delle finestre; che l'incomodo per lui sarà lo stesso. se la finestra è aperta nel muro d'un giardino o nel muro d'una casa. No, l'inconveniente non è così grande. Si può stare da mane a sera, in tutte le stagioni ed in qualunque tempo, dietro la finestra d'un appartamento, e non si sta giorno e notte, sotto la pioggia e la neve, dietro il muro d'un parco o d'un giardino. Vi sono certo delle differenze. La sola difficoltà sta nel sapere se il legislatore ne ha tenuto conto; ora, l'articolo 677 prova che la legge suppone un edificio. È dunque in vista degli edifici che sono state emanate le disposizioni restrittive degli art. 676 679.

---

(1) Marcadé, t. II, p. 594, art. 679, n. 2.° e le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 202, note 7 e 8.

(2) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 216, n. 319

(3) Aubry e Rau, p. 203 e nota 9 e gli autori che vi sono citati; è questa l'opinione comune.

Ove non è una casa da illuminare, non può farsi questione di luci. Ma ciò non toglie ogni dubbio. Se gli articoli non sono applicabili ai muri di cinta d'un giardino, quale sarà il diritto del proprietario? Potrà egli praticare quelle vedute che stima meglio, senza essere tenuto ad osservare alcuna distanza? Se lo fa, non commette usurpazione sul fondo del suo vicino? Ci sembra che no. Il mio vicino ha il diritto di escludere dal suo fondo, tanto il mio occhio che il mio piede; ma il diritto d'allontanare l'occhio non è così illimitato quanto il diritto d'allontanare il piede. Fra due fondi aperti la veduta è permessa; ma è proibita o limitata quando è esercitata dalle finestre d'un edificio. Lo sarà altresì dalle aperture praticate nel muro d'un giardino o d'un parco? Questa ipotesi non è prevista dalla lettera e tanto meno dallo spirito della legge.

43. Si è voluto spingere il rigore ben più in là, e si è preteso che bisognava applicare le disposizioni restrittive della legge agli interstizi o intervalli che presenta la chiusura, per esempio, quando è fatta a steccato o sotto forma di grata. La Corte di cassazione ha respinto queste esagerazioni. Nella specie, uno dei vicini aveva costruito un muro di cinta di due piedi lunghesso il giardino dell'altro, e su questo muro aveva fatto collocare dei pilari, di quattro a sei piedi di altezza, distanti l'un dall'altro fra i dieci e i dodici piedi; l'intervallo era riempiuto da assi, che formavano, secondo il linguaggio del paese, un cancello a grata. Gli spazi vuoti tra le assi concedevano di vedere sul giardino contiguo: costituiva ciò delle vedute dirette o finestre a prospetto, nel senso dell'articolo 678? No, dice la Corte. È certo che non erano finestre. Ora, per vedute, la legge intende finestre che si aprono. Ciò è decisivo. Si obbietta che, dal momento che vi è una veduta qualsivoglia, la legge deve trovare applicazione, e che gli spazi d'uno steccato possono costituire appunto una veduta. Rispondiamo che con ciò si sorpassa in rigore la legge stessa. L'articolo 678 dice che non si possono avere *vedute dirette* o *finestre a prospetto* se non quando si osservino le distanze che esso prescrive. Non è dunque esatto l'affermare che sia interdetta qualunque veduta sul fondo vicino: soltanto si limitano quelle che si eserciterebbero mediante una finestra che si apre (1).

Si è pur preteso che la disposizione dell'articolo 578 sia applicabile alle porte che servono di uscita. Se si trattasse di vetrate, non vi sarebbe infatti di mutato che il nome, perchè farebbero insieme l'ufficio di vere finestre. Ma se sono ad imposte intiere e senza vetri, non si può già dire che tengano luogo di finestre a prospetto. È vero che ogni qualvolta si

---

(1) Sentenza di rigetto del 3 agosto 1836 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, numero 558); AUBRY e RAU, t. II, p. 206 e nota 27. Confronta DEMOLOMBE (t. XII, p. 33, n. 561 e p. 54, n. 576) che fa talune riserve.

apra la porta, si può vedere sul fondo del vicino. Ma noi ripetiamo che non ogni veduta è proibita o sottoposta a restrizioni; è la veduta permanente, non una soltanto accidentale che può recar noia al vicino; e nella specie, si tratta appunto di una veduta affatto accidentale. La giurisprudenza si è pronunciata per l'interpretazione meno rigorosa (1).

44. Diversa è la questione di sapere se si debbano applicare le disposizioni restrittive del codice, quando la veduta dà sopra un muro di cinta che impedisce di vedere nel fondo del vicino. L'affermativa non è dubbia stando al testo della legge: l'articolo 678 dice che non si possono aver vedute dirette sul fondo *chiuso o non chiuso* del vicino. La legge non permette di distinguere se il muro di cinta è più o meno alto. Come dice la Corte di Lione, il legislatore non può entrare in queste circostanze di fatto, che avrebbero reso il diritto mutabile da un giorno all'altro. Colui che si chiude oggi può togliere domani la sua cinta, può elevarla od abbassarla; il muro stesso può perire per accidente o per vetustà: dovrà il diritto modificarsi in conseguenza di simili mutamenti? Il legislatore ha stabilita una regola assoluta: è mestieri di attenervisi (2).

La Corte di cassazione si è pronunziata in favore dell'opinione contraria. Nella specie, la veduta si esercitava solamente sul tetto della casa vicina; la Corte ha giudicato, senza neppur motivare la sua sentenza, che una tal veduta non era sottoposta, quanto alle condizioni di sua esistenza, alle regole dell'art. 678. Il relatore, Mesnard, dà il motivo invocato da Pardessus, cioè, che non vi è azione senza interesse: ora dov'è l'interesse del vicino il quale si duole che sia stata praticata una veduta sopra il suo fondo, allorchè questa *veduta* non permette di *vedere?* (3). In un'altra sentenza, si dice che il vicino non avrebbe interesse a reclamare se non quando volesse sopraelevare la sua casa (4). Ciò equivale a mutare in una questione di fatto una questione di diritto. Nel sistema del codice civile, le vedute aperte ad una distanza minore della legale costituiscono vedute di servitù. Pel fatto solo che vengano aperte simili vedute sopra il suo fondo, il vicino può denunziare l'usurpazione della sua proprietà. Invano si direbbe che egli pel momento non soffre alcun pregiudizio; è forse necessario che colui del del quale si viola la proprietà dimostri che la nuova opera gli

(1) Vedi le sentenze citate in AUBRY e RAU, t. II, p. 207 e nota 23.

(2) Lione, 4 novembre 1864 (DALLOZ, 1866, 2, 17). In senso contrario, PARDESSUS, t. I, p. 457 e seg., n. 201; MARCADÉ, t. II, p. 595, art. 679, n. II; DEMOLOMBE, t. XII, p. 47, nn. 559, 570.

(3) Sentenza di rigetto del 7 novembre 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 297).

(4) Sentenza di rigetto del 2 febbraio 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 145); vedi nel medesimo senso, Tolosa 23 maggio 1863 (DALLOZ, 1863, 2, 75); Pau, 2 novembre 1865 (DALLOZ, 1866, 2, 235); Parigi, 29 luglio 1865 (DALLOZ, 1867, 1, 258).

cagiona un danno? Egli è leso sol perchè si usurpa il suo diritto. Il temperamento che la dottrina e la giurisprudenza ammettono è fondato sull'equità e noi possiamo comprendere che i parlamenti abbiano giudicato in questo senso (1); ma sotto l'impero della nostra legislazione, i magistrati non possono modificare il rigore del diritto con l'equità se non quando la legge ne dà loro il potere (2).

45. Le disposizioni del codice sulle luci suppongono che il muro in cui sono aperte sia contiguo al fondo altrui (art. 676). Non è lo stesso degli articoli 678 e seguenti che riflettono le vedute. Può esservi un terreno contiguo al muro o al terreno posseduto dal proprietario di questo, ma di larghezza minore della distanza legale, di guisa che la veduta affacci nel contempo su due o tre proprietà. Quantunque l'ultima non sia contigua al muro, il proprietario è tenuto ad osservare la distanza che la legge prescrive per le vedute, e ciò pur quando il proprietario intermedio non si dolesse. Poichè è sempre vero il dire che la veduta affaccia sopra un fondo che non si trova alla distanza legale dal muro in cui è praticata. Ci troviamo adunque nel caso contemplato dalla lettera e dallo spirito della legge (3).

46. Qualche difficoltà sorge quando il terreno intermedio appartiene in comune al proprietario del muro ed al proprietario del fondo vicino su cui sporge la veduta. Può taluno avere una veduta sopra una cosa comune, senza osservare le distanze prescritte dalla legge? A rigor di principio la questione deve essere decisa negativamente, come ha fatto la Corte di cassazione in una sua prima sentenza. Risulta infatti, dagli articoli 678 e seguenti, che la distanza legale di sei piedi prescritta per le finestre a prospetto non debba essere mai composta, in qualsivoglia parte, di un terreno appartenente a colui sul cui fondo la veduta è esercitata. Donde la Corte conclude che, se il terreno il quale forma la distanza intermedia è proprietà comune dei due vicini, la linea di separazione deve essere posta alla metà di questo terreno; in tal maniera si assicura a ciascuno dei comunisti un egual godimento della sua comproprietà (4). In teoria, la Corte aveva perfettamente ragione; soltanto aveva torto d'applicare questo principio ad un caso speciale in cui la teoria riceve eccezione, vale a dire alla comunione che include una indivisione forzata. Quando un cortile od un viottolo (*ruelle*) sono lasciati in comune dai due vicini, per servire ai diversi usi cui son desti-

---

(1) FERRIÈRE, *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. II, p. 1686, n. 10.
(2) MASSÉ e VERGÉ su ZACHARIAE, t. II, p. 185, § 329, nota 10.
(3) DEMOLOMBE, t. XII, p. 38, n. 564; AUBRY e RAU, t. II, p. 207 e nota 29.
(4) Sentenza di rigetto del 5 maggio 1831 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, numero 765).

nati, bisogna vedere se, nell'intenzione delle parti, queste hanno vincolato il terreno indiviso alle luci e finestre che volessero praticarvi per dare luce ed aria alle loro abitazioni. Se si tratta di un cortile, l'affermativa non può esser dubbia; e il più delle volte sarà lo stesso dei viottoli o passaggi. Noi abbiamo già esaminata la questione: rinviamo dunque a ciò ch'è stato detto al tomo VII (n. 484).

Vi sono autori e sentenze che, sull'esempio della Corte di cassazione, applicano la regola generale a tutti i terreni comuni (1). Ma con ciò non si tiene alcun calcolo della volontà delle parti interessate, la quale è pur decisiva nella presente questione. Se esse avessero formalmente destinato il terreno comune a procurare l'aria e la luce ai loro fondi, la cosa sarebbe evidente. Ebbene, l'intenzione delle parti può altresì risultare dalla natura del terreno lasciato in comune, come avviene pel caso di un cortile; ovvero da circostanze le quali hanno resa necessaria la comunione, come accade pei viottoli o passaggi. Sempre però è certo che dal momento che si può conoscere questa intenzione, essa deve prevalere sui principii che regolano la comunione in generale, principii che trovano essi medesimi il loro fondamento nella volontà dei comproprietari.

47. La disposizione del codice sulle vedute e sulle luci si applicherà anche quando il terreno che separa i due vicini è una via pubblica? La dottrina e la giurisprudenza ammettono la negativa. Vi sono tuttavia delle ragioni di dubbio che hanno indotto una Corte a pronunziarsi per l'opinione contraria. Anzitutto, le disposizioni degli articoli 676 e seguenti sono generali: si può ammettere una eccezione senza testo? Ed è permesso distinguere ove la legge non distingue? Quando il proprietario del muro possiede un terreno contiguo della larghezza di cinque piedi, egli non può tuttavia aprirvi una veduta diretta; come mai egli avrebbe questo diritto allorchè il terreno che lo separa dal suo vicino appartiene al comune? Egli non potrebbe averlo che a titolo di servitù legale; ma può esservi una servitù legale senza una esplicita norma di legge? Si risponde che gli articoli 676 e seguenti non trovano applicazione quando le aperture praticate in un muro affaccino sopra una via pubblica, non regolando il codice che i rapporti d'interesse privato tra coloro che sono proprietari esclusivi dei terreni su cui affacciano le finestre. Se questo terreno è una via pubblica, non si è più nel testo e nello spirito delle disposizioni restrittive consacrate dal codice. È una questione di diritto amministrativo, per conseguenza di diritto pubblico e non

(1) Pardessus, t. I, p. 459, n. 204. Liegi, 15 giugno 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 208). Confronta Bordeaux, 20 luglio 1858 (Dalloz, 1859, 2, 184).

di diritto privato. Ora, è elementare che le vie sono destinate a dare ai proprietari che vi costruiscano delle uscite e delle finestre; si pretenderà che vi siano delle case senza porte e senza finestre? (1). Sotto il punto di vista dell'interesse generale, la risposta non è certo dubbia. Ma il vicino sul fondo del quale si aprono delle finestre senza osservare le distanze legali, non avrebbe forse diritto di dolersene? Che importa a lui che il terreno intermedio appartenga al comune od al suo vicino? Egli ha diritto ed interesse ad opporsi alle vedute di servitù che si vogliono aprire sul suo fondo, allorchè non vi è nè titolo nè legge che stabiliscano una servitù. La vera difficoltà sta dunque nella lettera della legge. Non è dubbio che il legislatore, se fosse chiamato a dar nuove norme sulla materia, deciderebbe la questione in favore dei proprietari laterali; ma, intanto, l'ha egli risoluta? No, dice la Corte di Nancy; si rimane dunque nei termini assoluti del codice civile (2). L'argomentazione sarebbe inconfutabile se la tradizione non venisse in appoggio dell'opinione generale. Gli articoli 678 e seguenti sono attinti nella consuetudine di Parigi, il cui articolo 202 era così concepito: « Nessuno può praticare vedute dirette sul fondo del suo vicino, nè sui luoghi a lui appartenenti, se non vi sono sei piedi di distanza tra la detta veduta ed il fondo del vicino, e non possono aprirsi vedute laterali, se non a due piedi di distanza ». Come s'interpreterebbe questa disposizione? « L'articolo 202, dice Ferrière non deve applicarsi nell'ipotesi di due case che siano separate da una strada o via pubblica, ancorchè la strada abbia meno di sei piedi di larghezza, poichè la veduta è sulla strada che è un luogo comune, e non sul fondo del vicino ». Tale era altresì la giurisprudenza dello Châtelet (3). Gli autori del codice hanno riprodotto quasi letteralmente l'articolo 202 della consuetudine di Parigi ed hanno dichiarato che non intendevano innovare in questa materia; è dunque forza d'interpretare l'articolo 678 nel senso che si dava all'articolo 202. Ciò ci sembra decisivo.

48. Rimangono tuttavia delle difficoltà. Si concepisce che la necessità pubblica prevalga sul diritto del vicino quando si tratta di vedute dirette o finestre a prospetto; l'interesse generale è così evidente che non può più aversi riguardo all'interesse privato. Ma dove è la necessità di avere delle vedute laterali sul fondo del vicino, allorchè la veduta non affaccia

---

(1) Vedi la relazione del consigliere MESNARD sulla sentenza della Corte di cassazione del 1.° marzo 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 158). Confronta le autorità citate da AUBRY e RAU, t. II, p. 207, nota 30.

(2) Nancy, 25 novembre 1816 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 760).

(3) FERRIÈRE, *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. II, p. 1680, n 3. BOURJON, *Droit commun de la France*, t. II, p. 28. n. 9. DESGODETS, *Lois des bâtiments. sur l'art. 202 de la coutume de Paris*, n. 15 e 16.

sopra un terreno appartenente al proprietario del muro? La Corte di Digione ha giudicato che, in questo caso, si rientrava nel diritto comune, per una ragione la quale sembrava decisiva; il codice stabilisce una regola che deve essere sempre applicata salvo in quanto non vi sia un'eccezione. Eccezione scritta nella legge non ve n'ha. Se si ammette un'eccezione pei muri paralleli alla strada, lo è per necessità pubblica; dunque l'eccezione dev'essere circoscritta nei limiti della necessità. La Corte di cassazione non ha accolto questo sistema. Essa ha deciso in massima che i terreni affetti alla via pubblica sono destinati a tutti i generi di servizi che la loro natura comporta; donde segue che ciascuno può profittarne, a condizione soltanto di conformarsi alle misure amministrative o di polizia che debbono regolarne l'uso. Ora, dalla loro destinazione medesima nasce per i proprietari limitrofi il diritto di praticarvi ingressi, aprirvi finestre, costruirvi balconi o altre costruzioni in sporgenza, senza che siano per questo sottoposti a restrizioni oltre di quelle che il potere amministrativo ha facoltà di determinare. Si obbiettano le disposizioni limitative degli articoli 678 e 678; la Corte risponde che questi articoli hanno solamente per iscopo di regolare dei rapporti di vicinato fra proprietà private. Come diceva il consigliere Mesnard, non vi è più vicinato quando due proprietari sono separati dalla via pubblica, poichè ciascuno dei fondi confina con la via pubblica e non con un fondo del vicino, e la via pubblica è affetta ad ogni specie di vedute, siano dirette od oblique, giacchè il diritto dei proprietari di praticare tanto le une quanto le altre risulta dalla stessa natura del terreno sul quale si aprono immediatamente (1). L'argomentazione non ci sembra così decisiva, come sembra a prima vista. Forse che il vicino sul cui fondo affaccia la veduta non potrebbe rispondere che egli non contesta al proprietario contiguo il diritto d'usare della via pubblica, che gli riconosce anche il diritto di praticare delle vedute dirette, essendo ciò una necessità, ma che, cessando la ragione dell'eccezione per le vedute laterali, deve cessare altresì la stessa eccezione? La vera risposta si trova nella tradizione. Nell'antico diritto, si ammetteva che la consuetudine di Parigi non fosse applicabile alla via pubblica e non si faceva distinzione tra le vedute dirette e le vedute laterali. Il codice civile dev'essere interpretato nel medesimo senso.

49. La Corte di cassazione comprende nell'eccezione i balconi ed altre costruzioni in sporgenza. Ciò è piuttosto dubbio. Pei balconi, non vi è ombra di necessità di apportare una deroga

---

(1) Sentenza di cassazione del 27 agosto 1849 (Dalloz, 1849, 1, 227). Confronta sentenza di cassazione del 1.° luglio 1861 (Dalloz, 1862, 1, 138).

alle disposizioni restrittive del codice civile. Queste costruzioni sono di puro diletto; il diritto di uno dei vicini non deve prevalere sul piacere dell'altro? La Corte di Bruxelles risponde che si tratta, anzichè d'una questione di necessità, d'una vera questione di diritto. Infatti le strade non sono forse essenzialmente destinate alla circolazione? Ed i passanti non sono essi liberi di guardare le case ed anche nell'interno delle case per le finestre? Se questo diritto appartiene ad ogni passante, perchè lo si rifiuterebbe a colui che ha un balcone? Egli usa del diritto comune (1). L'osservazione ne sembra più sottile che vera. Colui che ha un balcone può guardare a suo agio sul fondo del vicino, da mane a sera. Di lui può dirsi che il suo occhio ed il suo piede sono nel fondo sul quale può incessantemente esercitare la sua indiscreta curiosità. Quegli invece che passa per una strada non vede che alla sfuggita: nessuno sta, tutto il giorno, fermato in un determinato punto della pubblica via. La differenza adunque è grande (2); se nondimeno si ammette che i balconi formino eccezione (3), noi non vediamo altro motivo giuridico per spiegare questa deroga al diritto comune se non la tradizione consuetudinaria.

50. Dal momento che si consente nel principio, bisogna pure accettarne tutte le conseguenze. È stato deciso che le disposizioni restrittive del codice concernenti le vedute non sono applicabili ai canali di derivazione, essendo questi canali, al pari dei corsi d'acqua, destinati a tutti gli usi che i rivieraschi vogliono farne, dunque altresì a ricevere le vedute e le luci (4). La Corte di cassazione è andata più in là. Si trattava di un terreno che non era affetto al pubblico passaggio: esso inserviva allo scolo di tre fontane comunali; inoltre le acque piovane di una gran parte del comune scendevano da questo terreno per portarsi in una cloaca sotterranea. La Corte ha affermato che questo terreno, appartenente al comune, fosse affetto all'uso ed ai bisogni generali degli abitanti; che aveva dunque i caratteri del demanio pubblico, secondo la definizione dell'articolo 538. Ora, non essendovi alcun limite all'uso che gli abitanti possono fare delle cose spettanti al pubblico demanio, ne risulta che essi possono servirsene per aprirvi delle vedute (5).

---

(1) Bruxelles, 14 agosto 1848 (Dalloz, 1848, 2. 146; e *Pasicrisie*, 1848, 2, 215). Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio dell'8 luglio 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 401).

(2) Vi è una sentenza in questo senso di Liegi, 28 dicembre 1842 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 201).

(3) Demolombe, t. XII, p. 42, n. 567; Aubry e Rau, t. II, p. 208 e nota 32, e le autorità che vi sono citate.

(4) Liegi, 2 aprile 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 96).

(5) Sentenza di rigetto 18 gennaio 1859 (Dalloz, 1859, 1, 65).

II. — Delle luci.

51. L'articolo 676 prescrive che un proprietario d'un muro non comune, *immediatamente* contiguo al fondo altrui, può praticarvi delle luci con inferiate e invetriate fisse. Che si dovrà risolvere, se il muro non è immediatamente contiguo al fondo vicino? Se tra il muro e il detto fondo vi è la distanza prescritta dagli articoli 678 e seguenti, il poprietario potrà aprire delle vedute dirette od oblique, ma se la distanza legale non esiste, non potrà più praticare delle finestre ad imposte. Avrà però, in questo caso, la facoltà di stabilirvi delle luci? L'affermativa non soffre alcun dubbio. Se può aprire delle luci, allorquando il muro sia contiguo al fondo del vicino, a maggior ragione potrà praticarne se possiede un terreno al di là del muro su cui affacceranno le luci stesse (1).

52. Il codice regola il modo di costruzione delle luci; e noi abbiamo già detto per quale scopo (n. 35). A termini dell'articolo 676, le luci debbono essere con *inferriate a maglia*, vale a dire, come lo spiega il secondo alinea, debbono essere munite di una grata di ferro le cui maglie non abbiano apertura maggiore di un decimetro. Questa grata è affatto inutile poichè non si tratta di finestre che si aprono; il legislatore ha temuto senza dubbio che colui il quale abita la camera illuminata da un vano di luce non tolga i telai per gettare alcunchè, come non ha facoltà di fare, sul fondo del vicino. L'esperienza disgraziatamente attesta che non vi ha cattiveria o malizia che non possa temersi tra vicini, quando siano turbati, in qualsivoglia modo, i rapporti di buon vicinato. Inoltre, la legge vuole che l'invetriata sia *fissa*, vale a dire che il telajo che la sostiene sia infisso nel muro in modo che non si possa aprirlo; nelle antiche consuetudini, si diceva: *saldata a gesso o a calce*, il che costituisce il segno della perpetua destinazione. Secondo l'articolo 525, l'espressione *invetriata fissa* implica dunque che il vetro sia fermato con intento di perpetuità. È questa la garanzia essenziale pel vicino. La legge non dice che il vetro debba essere smerigliato; ma il vicino non può spingere oltre il suo sguardo attraverso alla finestra perchè non può aprirla, e perchè la medesima è munita d'una grata di ferro. La legge dà dunque in modo assai improprio il nome di finestra a vani così costruiti (2).

---

(1) DEMANTE, *Cours analitique*, t. II, p. 624, n. 532, *bis* II.

(2) È questa la spiegazione di FERRIÈRE sulla *Consuetudine di Parigi*, t. II, p. 1676, n. 6 La *Consuetudine di Orléans* diceva « che non si deve avere attraverso il vetro sguardo penetrante sul vicino ». D'onde, dice FERRIÈRE, taluni han creduto che occorresse un vetro grosso, spesso ed oscuro. La *Consuetudine di Parigi* diceva, come il codice, invetriata *fissa*, il che significa vetro *chiuso* e *saldato*. Se fosse oscuro, sarebbe poco utile. Altre consuetudini dicevano vetro *morto* o *morente* per indicare che non può essere mosso nè mobile.

acquista la comunione del muro ha diritto di costruire, e, in conseguenza, di ostruire le luci; egli ha ancora diritto di opporsi a che, nel muro divenuto comune, siano praticate delle nuove aperture. Ma non è forse oltrepassare la legge il permettergli di ostruire le luci quando egli non ha in animo di far costruzione alcuna? Nel Belgio ed in Francia la giurisprudenza si è pronunciata in favore dell'opinione contraria (1).

I medesimi principii si applicano alle finestre. Se uno dei vicini pratica nel suo muro delle vedute o finestre a prospetto ad una distanza di sei piedi dal fondo contiguo, acquisterà una servitù qualunque su detto fondo? No, certo. Poichè egli non ha fatto che usare del suo diritto di proprietà, e colui che esercita tale diritto non acquista con ciò una servitù sul fondo del vicino. Costui rimane dunque libero d'usare dei suoi diritti di proprietario come gli talenta. Per conseguenza egli può costruire sul limite di separazione dei due fondi.

41. La legge non permette al proprietario d'un muro di praticarvi luci e finestre se non coll'osservanza di talune condizioni. Queste disposizioni restrittive sono applicabili anche nelle campagne? Secondo l'antico diritto, esse non erano usitate che per gli edifici delle città, almeno in talune consuetudini; secondo altre, si osservava una distanza legale nelle campagne, quando il fondo vicino era cinto da mura. Nell'esposizione dei motivi Berlier scrive, che si era da taluno reclamata qualche modificazione per ciò che riguardasse le abitazioni rurali; si preferì una regola comune alle campagne ed alle città, e con ragione; dal momento che le abitazioni sono limitrofe, sorgono le medesime necessità dovunque le case siano situate (2). Ciò non fa che confermare il principio quale noi lo abbiamo formulato: le restrizioni che subisce il diritto di proprietà, in quanto concerne le luci e le finestre, formano il diritto comune.

Parlando delle finestre, l'articolo 678 dice formalmente che non vi è a distinguere se il fondo su cui affacciano le finestre a prospetto sia o pur no chiuso. A primo aspetto, si potrebbe credere che se il fondo non è chiuso, il proprietario dell'uno abbia diritto di piena veduta sull'altro. Si domanda perchè egli perderebbe questo diritto se costruisse una casa sulla linea di confine del suo fondo? Gli è perchè la legge limita il diritto di aver vedute sul fondo del vicino con aperture praticate in un muro, mentre non restringe punto quello di veduta fra terreni non fabbricati. E vi è una ragione di questa differenza. Le vedute per mezzo di una finestra sono molto più gravose

---

(1) Liegi, 4 maggio 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 289); Bruxelles, 14 agosto 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 137).

(2) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 14 (LOCRÉ, t. IV, p. 181).

pel vicino che le vedute per mezzo di un terreno aperto. Come dice Marcadé, una finestra è un occhio incessante aperto sulla mia proprietà; io posso esser veduto dal mio vicino in ogni momento, senza che io lo veda; questo timore turba il mio riposo e la mia libertà. Al contrario, fra due fondi ugualmente aperti, le condizioni sono uguali; entrambi i vicini possono reciprocamente vedere ed essere veduti (1).

42. L'applicazione del principio non va scevra da difficoltà. Si domanda se le restrizioni legali concernenti le distanze sono applicabili ai muri d'un giardino o d'un parco che fossero contigui al fondo altrui, o che non si trovassero alla distanza prescritta dall'articolo 678. Gli uni rispondono che le vedute o finestre di cui parla il codice sono *evidentemente* quelle che illuminano gli appartamenti (2). Gli altri rispondono che questa distinzione è *evidentemente* erronea (3). Ciò dimostra, come abbiamo detto più volte, che si dovrebbe andar ben guardinghi nel pronunciare la parola *evidenza* in questioni di diritto. L'articolo 677, che parla delle luci, dice che non possono essere stabilite che otto piedi al di sopra del pavimento o suolo *della camera che si vuole illuminare*. È questa una semplice enunciazione od è una condizione? Anche su questo punto le discussioni possono essere infinite. Sempre però questa disposizione ci rivela lo spirito della legge; almeno non si può dire più essere *evidente* che la legge non ha tenuto alcun conto della natura dal fondo ricinto da un muro. Le restrizioni stabilite hanno tutte un solo e medesimo scopo, dare ad un fondo la luce necessaria perchè possa essere abitato, e regolare la costruzione delle aperture in modo che non siano incomode pel vicino. Ciò suppone delle abitazioni e non dei semplici muri di cinta d'un giardino o d'un parco: si ha bisogno di luci per illuminare un terreno aperto ai raggi del sole? Si dirà che ciò poco importa al vicino sul cui fondo si aprono delle finestre; che l'incomodo per lui sarà lo stesso. se la finestra è aperta nel muro d'un giardino o nel muro d'una casa. No, l'inconveniente non è così grande. Si può stare da mane a sera, in tutte le stagioni ed in qualunque tempo, dietro la finestra d'un appartamento, e non si sta giorno e notte, sotto la pioggia e la neve, dietro il muro d'un parco o d'un giardino. Vi sono certo delle differenze. La sola difficoltà sta nel sapere se il legislatore ne ha tenuto conto; ora, l'articolo 677 prova che la legge suppone un edificio. È dunque in vista degli edifici che sono state emanate le disposizioni restrittive degli art. 676 679.

---

(1) MARCADÉ, t. II, p. 594, art. 679, n. 2.° e le autorità citate da AUBRY e RAU, t. II, p. 202, note 7 e 8.

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 216, n. 319

(3) AUBRY e RAU, p. 203 e nota 9 e gli autori che vi sono citati; è questa l'opinione comune.

acquista la comunione del muro ha diritto di costruire, e, in conseguenza, di ostruire le luci; egli ha ancora diritto di opporsi a che, nel muro divenuto comune, siano praticate delle nuove aperture. Ma non è forse oltrepassare la legge il permettergli di ostruire le luci quando egli non ha in animo di far costruzione alcuna? Nel Belgio ed in Francia la giurisprudenza si è pronunciata in favore dell'opinione contraria (1).

I medesimi principii si applicano alle finestre. Se uno dei vicini pratica nel suo muro delle vedute o finestre a prospetto ad una distanza di sei piedi dal fondo contiguo, acquisterà una servitù qualunque su detto fondo? No, certo. Poichè egli non ha fatto che usare del suo diritto di proprietà, e colui che esercita tale diritto non acquista con ciò una servitù sul fondo del vicino. Costui rimane dunque libero d'usare dei suoi diritti di proprietario come gli talenta. Per conseguenza egli può costruire sul limite di separazione dei due fondi.

41. La legge non permette al proprietario d'un muro di praticarvi luci e finestre se non coll'osservanza di talune condizioni. Queste disposizioni restrittive sono applicabili anche nelle campagne? Secondo l'antico diritto, esse non erano usitate che per gli edifici delle città, almeno in talune consuetudini; secondo altre, si osservava una distanza legale nelle campagne, quando il fondo vicino era cinto da mura. Nell'esposizione dei motivi Berlier scrive, che si era da taluno reclamata qualche modificazione per ciò che riguardasse le abitazioni rurali; si preferì una regola comune alle campagne ed alle città, e con ragione; dal momento che le abitazioni sono limitrofe, sorgono le medesime necessità dovunque le case siano situate (2). Ciò non fa che confermare il principio quale noi lo abbiamo formulato: le restrizioni che subisce il diritto di proprietà, in quanto concerne le luci e le finestre, formano il diritto comune.

Parlando delle finestre, l'articolo 678 dice formalmente che non vi è a distinguere se il fondo su cui affacciano le finestre a prospetto sia o pur no chiuso. A primo aspetto, si potrebbe credere che se il fondo non è chiuso, il proprietario dell'uno abbia diritto di piena veduta sull'altro. Si domanda perchè egli perderebbe questo diritto se costruisse una casa sulla linea di confine del suo fondo? Gli è perchè la legge limita il diritto di aver vedute sul fondo del vicino con aperture praticate in un muro, mentre non restringe punto quello di veduta fra terreni non fabbricati. E vi è una ragione di questa differenza. Le vedute per mezzo di una finestra sono molto più gravose

(1) Liegi, 4 maggio 1844 (*Pasicrisie,* 1844, 2, 289); Bruxelles, 14 agosto 1847 (*Pasicrisie,* 1848, 2, 137).

(2) Berlier, Esposizione dei motivi, n. 14 (Locré, t. IV, p. 181).

pel vicino che le vedute per mezzo di un terreno aperto. Come dice Marcadé, una finestra è un occhio incessante aperto sulla mia proprietà; io posso esser veduto dal mio vicino in ogni momento, senza che io lo veda; questo timore turba il mio riposo e la mia libertà. Al contrario, fra due fondi ugualmente aperti, le condizioni sono uguali; entrambi i vicini possono reciprocamente vedere ed essere veduti (1).

42. L'applicazione del principio non va scevra da difficoltà. Si domanda se le restrizioni legali concernenti le distanze sono applicabili ai muri d'un giardino o d'un parco che fossero contigui al fondo altrui, o che non si trovassero alla distanza prescritta dall'articolo 678. Gli uni rispondono che le vedute o finestre di cui parla il codice sono *evidentemente* quelle che illuminano gli appartamenti (2). Gli altri rispondono che questa distinzione è *evidentemente* erronea (3). Ciò dimostra, come abbiamo detto più volte, che si dovrebbe andar ben guardinghi nel pronunciare la parola *evidenza* in questioni di diritto. L'articolo 677, che parla delle luci, dice che non possono essere stabilite che otto piedi al di sopra del pavimento o suolo *della camera che si vuole illuminare.* È questa una semplice enunciazione od è una condizione? Anche su questo punto le discussioni possono essere infinite. Sempre però questa disposizione ci rivela lo spirito della legge; almeno non si può dire più essere *evidente* che la legge non ha tenuto alcun conto della natura dal fondo ricinto da un muro. Le restrizioni stabilite hanno tutte un solo e medesimo scopo, dare ad un fondo la luce necessaria perchè possa essere abitato, e regolare la costruzione delle aperture in modo che non siano incomode pel vicino. Ciò suppone delle abitazioni e non dei semplici muri di cinta d'un giardino o d'un parco: si ha bisogno di luci per illuminare un terreno aperto ai raggi del sole? Si dirà che ciò poco importa al vicino sul cui fondo si aprono delle finestre; che l'incomodo per lui sarà lo stesso. se la finestra è aperta nel muro d'un giardino o nel muro d'una casa. No, l'inconveniente non è così grande. Si può stare da mane a sera, in tutte le stagioni ed in qualunque tempo, dietro la finestra d'un appartamento, e non si sta giorno e notte, sotto la pioggia e la neve, dietro il muro d'un parco o d'un giardino. Vi sono certo delle differenze. La sola difficoltà sta nel sapere se il legislatore ne ha tenuto conto; ora, l'articolo 677 prova che la legge suppone un edificio. È dunque in vista degli edifici che sono state emanate le disposizioni restrittive degli art. 676 679.

---

(1) Marcadé, t. II, p. 594, art. 679, n. 2.° e le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 202, note 7 e 8.

(2) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 216, n. 319

(3) Aubry e Rau, p. 203 e nota 9 e gli autori che vi sono citati; è questa l'opinione comune.

in questo caso, il punto preciso in cui comincia il fondo vicino? è dietro od innanzi al muro? ovvero la linea di separazione trovasi nel mezzo? Secondo l'opinione comune, la distanza deve essere calcolata dal punto mediano. Vi è tuttavia una ragione di dubbio, e cioè che il muro divisorio è comune ed indiviso fra i due proprietari in ciascuna delle sue parti. Stando a questo principio affatto incontestabile, non si troverà un punto mediano che formi la linea di separazione, poichè questo presupporrebbe la divisione, mentre nei muri comuni qualunque divisione è impossibile. Ma che fare? Non tener conto del muro non si può. Si collocherà la linea di separazione dietro o innanzi il muro? Non vi è ragione per decidersi in favore dell'uno piuttostochè dell'altro di questi pareri. Fu quindi necessità di collocare la linea di separazione nel mezzo. È questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Valette (1).

§ 3. — Delle luci e vedute di servitù.

I. — Principio.

59. Quando le luci e le vedute sono praticate secondo le condizioni e restrizioni stabilite dagli articoli 676-679, non conferiscono al proprietario del muro alcun diritto di servitù sul muro del vicino; non è questo che esercizio della proprietà, così come trovasi organizzata nella società civile. Si può dire che il proprietario del muro non è libero, poichè non può stabilirvi quelle aperture che meglio gli piacciano: si può dire altresì che il vicino non è libero, poichè non può escludere dal suo fondo l'occhio di colui che su di esso ha una veduta qualunque. La libertà assoluta non esiste per le cose non diversamente da quanto accade per le persone. Le necessità dello stato sociale esigono che la proprietà sia soggetta a restrizioni che la legge chiama servitù, ma che, in realtà, formano il diritto comune della proprietà. Colui che apre nel suo muro delle luci e delle vedute, sottomettendosi a queste restrizioni, agisce dunque a titolo di proprietario. In questo senso, esse si chiamano vedute di diritto. Al contrario, se il proprietario non si sottomette a queste restrizioni, eccede il diritto che la proprietà gli conferisce, ed impone quindi al fondo vicino una restrizione che non risulta dal diritto comune, vale a dire che lo grava d'una servitù.

60. Quando si può dire che colui il quale apre una luce od una veduta in un muro eccede il suo diritto di proprietà? Quando si tratta di una veduta o finestra a prospetto non vi

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 206 e nota 24. MOURLON, t. I, p. 794, nota.

è alcun dubbio; la restrizione consiste nell'osservare una certa distanza; colui che pratica un'apertura senza osservare la distanza legale non agisce più come proprietario, bensì a titolo di servitù. Perciò le vedute che si trovano ad una distanza minore della legale costituiscono vere servitù. Vi è qualche difficoltà per le luci. Il codice prescrive parecchie restrizioni; le une riflettono il modo di costruirle, le altre la distanza che si deve osservare, a partire dal suolo. Basterà che l'una o l'altra delle condizioni prescritte dalla legge venga trascurata, perchè la luce assuma il carattere d'una servitù? La negativa è ammessa dalla dottrina e consacrata dalla giurisprudenza. Si tratta di sapere se luci stabilite in condizioni estralegali, e conservate per trent'anni, gravino il fondo vicino d'una servitù. Perchè una servitù sia acquisita colla prescrizione occorre un possesso trentennale, e questo possesso deve riunire le condizioni generali richieste perchè il possesso conduca alla prescrizione. Occorre specialmente che il possesso non consista in atti di semplice tolleranza (art. 2232). La questione può dunque essere così formulata: le luci estralegali costituiscono un possesso utile per prescrivere, del pari che le vedute estralegali servono di fondamento alla prescrizione? Vi è una ragione di differenza tra le luci e le vedute. Queste sono talmente onerose pel vicino, che non si può ammettere ch'egli le soffra per tolleranza; è un'usurpazione così diretta sulla proprietà, che si deve sempre supporre abbia avuto luogo in forza di un titolo o quanto meno di un concorso tacito di volontà. Al contrario le luci sono assai meno incomode; il vicino può dunque tollerarle a lungo senza che si possa indurne che egli intenda accordare un diritto. Che gl'importa che le maglie abbiano l'apertura di un decimetro e mezzo in luogo di un decimetro, come vuole l'articolo 677? Non si tratterà meno di una luce di tolleranza, la quale per ciò appunto esclude ogni idea di servitù. Da ciò consegue che per quanto riflette le luci, la questione di sapere se sono atti di tolleranza o atti di servitù, si riduce ad una semplice questione di fatto, che dovrà piuttosto risolversi alla stregua dell'articolo 2232 che coll'applicazione rigorosa degli articoli 676 e 677.

Di conformità a tale principio è stato deciso che un'apertura praticata alla distanza di cinque piedi dal pavimento, mentre la legge ne prescrive almeno otto, non era per questa sola ragione una luce di servitù, anzitutto perchè il parapetto era molto al di sopra dell'altezza d'affaccio, inoltre perchè era munita di cancelli e di sbarre; sono questi i termini della sentenza. La Corte ne conclude che il vano di luce ha conservato il suo carattere primitivo di precarietà (1). Queste luci

(1) Lione, 26 luglio 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 474, 3.°).

diconsi di tolleranza o di sofferenza, poichè il vicino soffre per tolleranza che siano fatte contrariamente alle prescrizioni severe della legge. Analogamente la Corte di Parigi ha giudicato che taluni vani di luce muniti di cancelli e di traverse di ferro, e praticati all'altezza prescritta dall'articolo 677, non perdevano il loro carattere di luci di sofferenza, per ciò che non erano muniti di maglie di ferro delle dimensioni volute dalla legge; la sentenza dice che si trattava d'un atto di tolleranza da parte del vicino, la quale non poteva venir trasformata in una servitù, e quindi ritorcersi contro di lui (1). La Corte di cassazione ha sanzionata questa dottrina; essa è piuttosto favorevole ai proprietari che praticano vani di luce nei loro muri, poichè se la minima inosservanza della legge avesse per conseguenza di minacciare i vicini d'una servitù, questi richiederebbero l'esecuzione rigorosa della legge; i proprietari ne soffrirebbero, e con essi quei rapporti di buon vicinato, che tanto importa di non esacerbare. È dunque pacifico in giurisprudenza che la questione di sapere se le luci sono di tolleranza o di servitù è di semplice fatto e quindi lasciata all'apprezzamento dei tribunali; i giudici potranno senza dubbio aver riguardo alla inosservanza delle condizioni prescritte dagli articoli 676-677, ma la loro decisione vertirà sempre sul fatto e rifletterà l'applicazione dell'articolo 2232 (2).

61. Se le luci e le vedute praticate in un muro sono di diritto, e se sussistono per trent'anni, ne risulterà una servitù a carico del fondo vicino. Ma in che consiste questa servitù? Il proprietario di un muro contiguo al fondo del vicino vi ha fatto eseguire delle finestre a prospetto, mentre non avrebbe potuto aprirvi che delle luci; ovvero, egli ha fatte tali aperture, sopra un terreno che gli appartiene bensì, ma che non offre la larghezza voluta dalla legge, di guisa che non avrebbe avuto facoltà di aprire le dette finestre. Quelle che ha eseguite, tanto nell'una che nell'altra ipotesi, sussistono da trent'anni. Quale sarà l'effetto di questo possesso? La questione tiene divise le due Corti di cassazione della Francia e del Belgio, e le Corti d'appello seguono la propria autorità suprema. Anche gli autori sono scissi fra loro. Constatiamo anzitutto però che tutti si trovano d'accordo sopra un punto; cioè che il vicino il quale ha sofferto che il proprietario del muro vi aprisse delle finestre, mentre il diritto di costui era limitato soltanto alle luci, non può più dopo trent'anni domandare che queste finestre siano chiuse; qualunque diritto si prescrive in

---

(1) Parigi, 29 aprile 1839 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 474, 4.°)

(2) Sentenza di rigetto del 24 dicembre 1838 (DALLOZ alla parola *Servitude*, n. 474, 5.°). Sentenza di cassazione del 18 luglio 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 400). Confronta Pau, 20 novembre 1865 (DALLOZ, 1867, 2, 234) e AUBRY e RAU, t. II, p. 204 e seguenti.

trent'anni, e perciò anche quello di domandare che vengano soppresse delle aperture estralegali. Ma non bisogna andare più in là e dire che il proprietario del muro ha acquistato la servitù di veduta con la prescrizione trentennale? È questa l'opinione consacrata dalla giurisprudenza francese, ed è la preferibile, secondo il nostro parere.

L'ultima sentenza resa dalla Corte di cassazione di Francia stabilisce nettamente i principii (1). Vi è una servitù di veduta che consiste nell'avere vedute o finestre a prospetto sul fondo altrui e che ha per effetto d'impedire al proprietario del fondo serviente di ostruire la veduta con nuove costruzioni. Che una simile servitù possa stabilirsi per titolo, non ha fatto mai dubbio. Secondo il codice civile, essa può altresì essere costituita mediante la prescrizione. Infatti, a termini dell'art. 690, le servitù continue ed apparenti s'acquistano col possesso di trent'anni. Ora, la servitù di veduta è nel contempo continua ed apparente; lo dicono formalmente gli articoli 688 e 689. Da ciò consegue naturalmente che il proprietario di un muro il quale vi fa praticare delle finestre ad imposte che guardino immediatamente sulla proprietà del vicino, se conserva il proprio possesso per trent'anni, ha acquistato con la prescrizione la servitù di veduta. La servitù di veduta costituita mediante il possesso trentennale, produce il medesimo effetto che se fosse stabilita per titolo, poichè la legge considera alla medesima stregua i due modi di acquisto. Ma vi ha di più. La prescrizione suppone l'esistenza d'un titolo antico andato smarrito, od almeno il consenso tacito del proprietario del fondo che soffre l'asservimento di questo durante trent'anni: è ciò che l'oratore del governo ha detto esponendo i motivi sul titolo delle *Servitù* (2). Non vi è dunque alcuna ragione per far differenza tra gli effetti della servitù di veduta, secondo che sia acquistata per titolo o per prescrizione. In entrambi i casi si deve applicare la disposizione dell'articolo 701 il quale prescrive : « Il proprietario del fondo serviente non può fare cosa alcuna che tenda a scemare l'uso della servitù od a renderlo più incomodo ». Quando dunque una servitù di veduta è acquistata per prescrizione, il proprietario del fondo soggetto non può più impedire la veduta stessa con nuove costruzioni.

62. Ecco la teoria del codice. In qual modo la Cassazione del Belgio argomenta contro questa interpretazione? Essa parte dal principio che il diritto naturale di proprietà conferisca al proprietario del muro il potere di aprirvi delle finestre come meglio crede; ed in virtù del medesimo diritto di proprietà, il

---

(1) Sentenza di cassazione del 22 agosto 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 247). Le altre sentenze sono riferite o indicate in DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 781. Confronta AUBRY e RAU, t. II, p. 209, nota 36 e DEMOLOMBE, t. XII, p. 65, n. 280.

(2) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 21 (LOCRÉ, t. IV, p. 182).

vicino può elevare sul suo fondo quelle costruzioni che giudica convenienti, ancorchè rendessero inutili le finestre praticate dal proprietario nel suo muro. Il codice civile ha stabilite speciali restrizioni riguardo all'esercizio del diritto naturale di proprietà; esso non permette al proprietario di un muro contiguo al fondo altrui di aprirvi vedute o finestre a prospetto (articoli 676 e 678). Queste restrizioni costituiscono vere servitù; è il codice stesso che dà loro questo nome. Che fa dunque il proprietario praticando vedute nel proprio muro senza osservare le distanze legali? Si affranca dalla servitù che la legge gli aveva imposta, rientra nel suo diritto naturale di proprietà nel senso che le finestre ch'egli pratica nel suo muro sono considerate come l'esercizio di un diritto, qualora esistano da trent'anni. Ma la libertà da lui riconquistata in nulla attenta alla libertà del suo vicino; costui non può, per vero, domandare la soppressione delle vedute aperte dopo trent'anni, ma nulla gl'impedisce di costruire sul suo fondo, ancorchè, facendolo, venisse a togliere la vista alle aperture eseguite dal proprietario del muro. Costui infatti, possedendo le finestre per trent'anni, non ha fatto altro che liberarsi da una servitù, senza per questo acquistarne alcuna sul fondo del suo vicino (1).

Noi abbiamo risposto dianzi a quest'argomento combattendo il principio della pretesa proprietà naturale, ed esponendo la teoria delle servitù legali. Le Corti del Belgio hanno seguìto la dottrina degl'interpreti del diritto romano, ma questa è ben diversa da quella del codice: il legislatore francese non ha fatto che riprodurre la consuetudine di Parigi (n. 37). É vero che egli dà il nome di servitù alle disposizioni degli articoli 676 e seguenti, che riflettono le vedute e le luci. Ma si ha torto di annettere una benchè minima importanza a questa qualifica, poichè il codice colloca altrove queste pretese servitù tra i quasi-contratti. Pothier le derivava tutte dal quasi-contratto di vicinanza, e, cosa notevolissima, egli tratta di questo quasi-contratto e delle restrizioni alla proprietà che ne risultano, esponendo i principii del contratto di società, come se avesse voluto indicare che queste restrizioni dette servitù legali altra cosa non sono che concessioni reciproche che lo stato sociale impone agli uomini. La nostra Corte di cassazione stessa ha proclamato questi principii nelle sentenze in cui risolve la questione se le servitù dette legali siano una espropriazione, e se a questo titolo conferiscano diritto ad una indennità (2). In tali giudicati,

---

(2) Sentenza di cassazione del 19 maggio 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 326). Confronta sentenza di Gand in grado di rinvio dell'11 maggio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 254). È questa la giurisprudenza quasi costante delle Corti del Belgio: Bruxelles, 20 aprile 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 105), e 4 giugno 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 129); Gand, 29 marzo 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 65); Liegi, 13 luglio 1853, (*Pasicrisie*, 1853, 2, 315)

(1) Vedi *retro*, n. 39. Vedi pure il tomo VII dei miei *Principii*, n. 474 e *retro*, n. 13.

essa ha dovuto ispirarsi ai novelli principii che indussero le nostre consuetudini a temperare il diritto di proprietà in vista delle necessità della vita sociale. Le servitù legali altra cosa non sono che questi medesimi temperamenti, come li chiama Ferrière. Al contrario le Corti del Belgio si sono strettamente attenute, ed a torto, secondo il nostro avviso, alla teorica romana. Ripudiando il principio che serve di punto di partenza alla giurisprudenza, dobbiamo altresì respingere le conseguenze cui essa conduce. Le vedute e le luci autorizzate dagli articoli 576 e seguenti erano altra volta chiamate vedute di consuetudine, per distinguerle dalle vedute di servitù; si ritenevano pertanto vedute di diritto, eseguite in forza del diritto di proprietà. Se il proprietario di un muro contiguo al fondo altrui vi stabilisce finestre che non avrebbe facoltà di aprire, non agisce più come proprietario, ma a titolo di servitù. Se dunque egli possiede queste finestre per lo spazio di trent'anni, avrà acquistato un diritto che non gli spettava come proprietario, avrà acquistato cioè una servitù di veduta.

La giurisprudenza delle nostre Corti è in piena opposizione con questi principii scritti nei nostri testi, e che sono quelli della consuetudine di Parigi. Le vedute che i commentatori della consuetudine di Parigi chiamavano *di consuetudine*, vale a dire *di diritto*, divengono *vedute di servitù*, e quelle che il proprietario acquista con la prescrizione, le *vedute di servitù*, divengono *vedute di proprietà* (1). Noi diciamo che questa teoria è in piena opposizione colle nostre leggi.

Quando il proprietario d'un muro contiguo al fondo altrui vi pratica delle vedute, qual'è il diritto del vicino? Egli potrà domandarne la soppressione, trattandosi d'una usurpazione sulla sua proprietà, perchè, come dicevano i giureconsulti della scuola consuetudinaria, colui che porta l'occhio in casa del vicino, vi mette il piede. Come potrà questa usurpazione convertirsi, dopo trent'anni, nell'esercizio del diritto di proprietà? Da ciò che il vicino non possa più, scorsi trent'anni reclamare la soppressione delle finestre, risulterà forse che il proprietario del muro ha fatto atto di proprietà usurpando sul fondo del vicino? Un attentato alla proprietà altrui può forse mai trasformarsi in un atto di proprietà? Può concepirsi che questa usurpazione continuata e sofferta durante trent'anni, divenga una servitù ossia un peso per l'uno dei fondi, un diritto nuovo per l'altro; ma non si può neppure immaginare che ciò che costituiva nel suo principio una violazione della proprietà del vicino divenga col decorso del tempo l'esercizio del diritto di proprietà (2).

---

(1) È ciò che dice la sentenza della Corte di Gand, resa a sezioni unite. Del resto non fa che ripetere ciò che aveva detto MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Servitude*, § III (t. XIV, p. 245).

(2) DEMOLOMBE, t. XII, p. 62, n. 580.

Si muove un'obbiezione speciosissima contro l'opinione da noi sostenuta. È principio che gli effetti della prescrizione sono limitati al possesso: *tantum praescriptum quantum possessum.* Orbene: che cosa ha, nell'ipotesi nostra, posseduto il proprietario del muro? Le finestre. Ebbene, queste finestre gli si lasciano, le conserva, non si può più costringerlo a chiuderle. Ecco la servitù continua ed apparente ch'egli ha acquistato. Ma avrà egli insieme acquistata la servitù che consiste nell'impedire al vicino di costruire? Questa è una servitù non apparente, la quale non può essere acquisita colla prescrizione; il proprietario del muro non ha posseduto questa servitù, non ha potuto dunque prescriverla. Questa obbiezione tende null'altro che a sopprimere l'art. 690, il quale permette d'acquistare col possesso di trent'anni la servitù di veduta che gli articoli 688 e 689 collocano fra le servitù continue ed apparenti. Che cos'è questa servitù di veduta? Stabilita per titolo, essa avrebbe certamente l'effetto di impedire al proprietario del fondo serviente di edificare, ostruendo le finestre. Stabilita per prescrizione, essa deve avere il medesimo effetto. Invano si dice che il proprietario del muro non ha posseduta la servitù di non costruire. Colui che pratica delle finestre nel suo muro, che scopo si propone? Quello di ricevere l'aria e la luce, e di spingere lo sguardo al di là del locale in cui le finestre sono aperte. Ecco ciò che egli possiede per trent'anni. E scorso questo termine, potrà il vicino innalzare una costruzione contro il muro, di fronte alle fienestre, potrà ostruirle, impedire l'aria e la luce al proprietario, e, se costui reclamasse, rispondergli: « Di che vi dolete? Nessuno vi toglie le vostre finestre! » È questo, domandiamo noi, ciò che la legge intende per vedute dirette o *finestre a prospetto?* (1).

Merlin invoca l'antico diritto (2), e le Corti del Belgio fanno altresì appello alle nostre consuetudini. L'argomento sarebbe decisivo se fosse fondato. Lasciamo da parte le costumanze del Belgio. Gli autori del codice hanno seguìta la consuetudine di Parigi; è questa la tradizione del codice civile. Ebbene noi abbiamo riferito il commentario di Ferrière, che è altresì il commentario del codice civile: i termini sono quasi identici e lo spirito è il medesimo. La dottrina della consuetudine di Parigi è quella degl'interpreti del diritto romano? No, ma quella di una proprietà temperata dalle necessità sociali. Essendo diverso il principio, diverse altresì debbono essere le conseguenze. Che cosa oppone il Merlin a questa interpretazione? Egli cita una sentenza del parlamento di Parigi; ma, nella specie, si trattava di *vedute di consuetudine*, vale a dire di vedute di proprietà, e queste non conferiscono evidentemente alcun diritto sul fondo

---

(1) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 217. n. 321. DEMANTE. t. II. p. 628, n. 535 *bis* II.
(2) MERLIN, *Questions de droit,* alla parola *Servitude*, § III (t. XIV, p. 245-247).

del vicino. Merlin cita ancora un pronunziato del parlamento di Aix. In questa regione imperava il diritto scritto: la sentenza depone dunque a favore della tradizione romana, essa è estranea alla tradizione consuetudinaria. Rimane il principio come lo ha formulato Ferrière, come lo ha consacrato il codice; esso basta per decidere la questione.

II. — Conseguenze del principio.

63. Il proprietario che possiede durante trent'anni delle vedute di diritto acquista la servitù di veduta. Quale ne è l'estensione? Non vi può essere dubbio sopra un punto. Il proprietario ha posseduto tante finestre, della tale altezza, della tale larghezza: qual'è il suo possesso, tale sarà ancora la prescrizione. Egli non ha già posseduto il diritto illimitato di avere un'indeterminata quantità di finestre: bensì il suo possesso è circoscritto da certi limiti che serviranno pur di confine alla prescrizione. Egli non potrà dunque aprire nuove finestre, nè ingrandire quelle che esistono. La cosa non presenta alcun dubbio, secondo l'opinione da noi professata (1). Strano a dirsi! nella dottrina della Corte di cassazione del Belgio, bisognerebbe decidere che il proprietario essendo rientrato nella sua libertà naturale, affrancandosi dalla servitù che la legge gli impone, potrà aprire quali e quante finestre egli voglia, salva al vicino la facoltà di costruire. Così una dottrina la quale invoca la massima *tantum praescriptum quantum possessum* finisce poi coll'attribuire a colui che ha posseduto una finestra il diritto di aprirne venti! Ecco una nuova dimostrazione di quanto abbiamo più volte ripetuto, cioè che la pretesa libertà naturale del proprietario e la pretesa liberazione da una servitù sono in opposizione coi principii medesimi che s'invocano in appoggio.

64. Se venga demolito e poscia ricostruito l'edificio in cui esistono le vedute, godrà la nuova casa del medesimo diritto di servitù? A rigor di principio, la questione non è dubbia; essa è risoluta degli articoli 703 e 704. La servitù di veduta cessa, secondo l'art. 703, quando, essendo distrutto l'edificio, le cose si trovano in tale stato che non si possa più farne uso; ma, a termini dell'art. 704, essa rivive quando la casa è ricostruita, in guisa che se ne possa nuovamente usare. S'intende bene che la nuova servitù non dev'essere che la continuazione dell'antica; bisognerà dunque applicare ciò che abbiamo detto circa il limite degli effetti della prescrizione. Per applicazione di questi principii, è stato giudicato che la servitù non sarebbe

(1) Sentenza di cassazione del 1.° luglio 1861 (DALLOZ, 1861, 1, 138).

conservata se la casa fosse ricostruita più dappresso al fondo del vicino: si avrebbe allora una nuova servitù, la quale, non essendo stata posseduta, non ha potuto essere prescritta (1).

65. Può insorgere una difficoltà per ciò che concerne la prova. La casa demolita si trovava sul limite di separazione dei due fondi. Essa è ricostruita; il vicino pretende che le aperture praticate nello antico muro fossero delle luci di tolleranza, costruite nelle condizioni prescritte dagli articoli 677 e 678; mentre il proprietario del muro sostiene che si tratti di finestre a prospetto. V'è quindi in contesto l'esistenza medesima della servitù. Si domanda se il proprietario del muro potrà provare per testimoni che le aperture già esistenti nel muro erano vedute o finestre a prospetto. Una sentenza della Corte di Caen ha ammessa la prova testimoniale; ma i motivi addotti sono così poco precisi che lasciano l'animo nell'indecisione. Si potrebbe *forse*, dice la Corte, concludere dai termini dell'articolo 1341 che esso non dovrebbe applicarsi se non alle obbligazioni ed ai contratti; indi aggiunge che vi sarebbe *forse* luogo d'invocare la eccezione stabilita dall'articolo 1348 (2) Noi non amiamo i *forse* in diritto. Vi sono principii certi, incontestabili; bisogna ricorrervi. La prova testimoniale è ammessa senza restrizioni quando si tratta di dimostrare un fatto semplice, vale a dire un fatto materiale, il quale per sè stesso non ingenera nè diritto nè obbligazione. E qual'è nella specie il fatto in questione? Il modo di costruzione d'una finestra. Ecco veramente un fatto materiale: al momento in cui vien posto in essere, non può certo pretendersi che si stenda una scrittura. Si tratta dunque d'un fatto pel quale è ammessa la prova per testimoni, qualunque sia la somma cui ascenda il litigio.

66. Qual'è l'estensione dell'onere che grava il fondo serviente? Il codice non definisce la servitù di veduta. Esso si limita a dichiararla continua ed apparente (art. 688 e 689). Ma la natura medesima di questa servitù implica che il proprietario del fondo serviente non può ostruire le finestre mediante costruzioni che egli facesse sul suo fondo; egli nulla può fare, secondo l'articolo 701, che tenda a diminuire l'uso della servitù o renderlo più incomodo; dunque egli non può costruire in modo da impedire al proprietario del fondo dominante di usare del suo diritto. Ma in che consiste precisamente questo diritto? Anzitutto nel ricevere la luce e l'aria, indi nel vedere: il proprietario del fondo serviente non può ostacolare l'esercizio di queste facoltà. Significa ciò che egli non possa costruire affatto? No, poichè la servitù di veduta non è la servitù di prospetto. essa non è incompatibile col diritto che ha il vicino di costruire sul suo fondo. Tuttavia questa facoltà riceve una restrizione. La

(1) Digione, 26 maggio 1842 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 754).
(2) Caen, 16 dicembre 1848 (DALLOZ, 1850, 2, 168).

difficoltà sta sul determinare i limiti precisi: a quale distanza del fondo dominante il proprietario del fondo serviente può costruire? La Corte di cassazione ha deciso che il proprietario del fondo sul quale una servitù di veduta è costituita per titolo o per prescrizione non può elevare costruzioni, balconi o terrazzi, se non vi sono diciannove decimetri di distanza fra il muro in cui queste vedute sono praticate e le dette opere (1). La Corte dice esser questa una conseguenza necessaria e giuridica dell'articolo 678, ma a noi sembra assai dubbio. L'articolo 678 dispone che non si possono avere vedute dirette o finestre a prospetto sul fondo del vicino, se non vi sono diciannove decimetri di distanza tra il muro in cui si praticano e il detto fondo. Questa disposizione regola l'esercizio del diritto di proprietà; le vedute che si costruiscono in virtù dell'articolo 678 sono vedute di diritto; esse hanno per obbietto di mettere il vicino al coperto dalle indiscrete curiosità di colui le cui finestre affacciano sopra il suo fondo. Quando il proprietario di un muro contiguo al fondo del vicino vi pratica delle finestre, e acquista il diritto di veduta, la condizione delle parti è affatto diversa; non si tratta più di vedute di diritto, bensì di vedute di servitù; il proprietario del fondo serviente non ha altro vincolo se non quello di nulla intraprendere che nuoccia al proprietario del fondo dominante. Se egli vuol costruire ad una distanza minore dei diciannove decimetri, con qual diritto il proprietario del fondo dominante vi si opporrebbe? Diamo per presupposto che costruendo ad una distanza di dieci decimetri egli non tolga la luce, nè la veduta al proprietario del muro. Di che dunque costui si dorrebbe? Dell'essere la casa del vicino costruita troppo dappresso? Ma ciò riguarda il vicino perchè egli solo ne può soffrir danno, non già il propretario dominante, giacchè la distanza di diciannove decimetri non è prescritta nell'interesse di costui. In conclusione, non vi è legge, avendo l'articolo 678 un obbietto affatto diverso. Rimane dunque l'articolo 701, la cui applicazione è una questione di fatto.

§ VI. — *Dello stillicidio.*

67. Abbiamo esposto altrove i principii che il codice civile stabilisce circa lo scolo delle acque (2). I fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque che scolano naturalmente dai fondi superiori senza che vi abbia contribuito l'opera dell'uomo.

---

(1) Sentenza di rigetto del 1.° dicembre 1851 (DALLOZ, 1852, 1, 30). Sentenza di cassazione del 22 agosto 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 247). Sentenza di Montpellier del 15 novembre 1847 (DALLOZ, 1848, 2, 65). La dottrina è nel medesimo senso (DEMOLOMBE, t. XII, p. 65, n. 581).

(2) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 357 e seg.

Questa servitù non pesa che sui fondi inferiori, e suppone che lo scolo delle acque sia l'opera della natura. Essa è dunque affatto estranea allo stillicidio. Qui entriamo nel campo dei principii generali che regolano il diritto di proprietà. L'art. 681 è una conseguenza diretta di questi: esso è così concepito: « Qualunque proprietario deve far costruire i tetti in maniera che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica: egli non può farle cadere sul fondo del suo vicino ». Se egli riversasse le acque sul fondo del suo vicino, usurperebbe il costui diritto di proprietà e quello di esclusione che ne risulta; è quindi necessario che egli costruisca il tetto in maniera che le acque scolino sopra un terreno di cui ha la libera disposizione. Egli ha facoltà di riversarle sulla pubblica via, perchè è questo un uso concesso ai proprietarii prospicenti alle strade, ma se non le fa cadere sulla via pubblica, dovrà dirigerle sovra un terreno che gli appartiene.

68. Che bisogna decidere se il terreno è comune fra il proprietario della casa ed il suo vicino? Bisogna vedere anzitutto qual sia la destinazione di questo terreno. Come ha detto benissimo il consigliere Mesnard in un rapporto fatto alla Corte di cassazione, il modo di godimento dei comunisti può essere limitato od illimitato. Quando non è limitato nè dalla legge nè dalla convenzione, il godimento comprende tutti gli atti che la natura e la destinazione della cosa comune comportano. Il diritto di ciascun comunista è completo; nell'esercizio di questo, egli non ha altri limiti che quelli imposti dall'egual diritto dell'altro comunista. Ma perchè costui possa dolersi, occorre che il suo diritto sia leso o menomato da un modo di godimento o eccessivo, o tendente a far degenerare la cosa comune in cosa privatamente posseduta da uno dei comunisti (1). Per applicazione di questi principii, è stato giudicato che un terreno il quale serviva di passaggio a due vicini aveva ricevuta questa speciale destinazione, per la concorde intenzione dei comunisti. Donde la Corte ha concluso che uno dei comunisti non poteva far cadere lo stillicidio su questo terreno (2). Il principio è incontestabile; quanto all'applicazione essa dipende dai fatti e dalle circostanze della causa.

69. Il proprietario può acquistare il diritto di riversare sul fondo del vicino le acque piovane che scorrono dal suo letto. Siccome questa servitù è continua (art. 688) ed apparente può acquistarsi tanto per prescrizione quanto per titolo. Ciò dimostra che l'obbligazione imposta dall'articolo 681 ad ogni proprietario di costruire i tetti in modo che le acque piovane non scorrano sul fondo del vicino, non è una servitù, quantunque il codice l'annoveri tra le servitù legali. Essa è invece una

---

(1) DALLOZ, 1851, 1, 257. Rapporto di MESNARD sulla sentenza 31 marzo 1851.
(2) Bordeaux, 20 luglio 1858 (DALLOZ, 1859, 2, 184).

conseguenza del principio che il proprietario non può far nulla che venga a ledere i diritti del suo vicino; ed egli offende il costui diritto quante volte immette nel di lui fondo ciò che naturalmente non vi giungerebbe: il che si dovrebbe appunto dire delle acque che cadessero dal tetto sul fondo del vicino (1).

70. Poichè l'articolo 681 è una conseguenza dei principii generali che regolano la proprietà e non una servitù, ne segue che bisogna applicarlo ancorchè il fondo del vicino, su cui il proprietario della casa volesse riversare le acque, si trovasse situato all'ingiù. È vero che i fondi inferiori sono soggetti verso quelli più elevati a ricevere le acque che ne defluiscono, ma l'articolo 640, che stabilisce questa servitù, ha cura d'aggiungere che le acque debbono scorrere naturalmente sul fondo inferiore, senza che la mano dell'uomo vi abbia contribuito: il che esclude le acque piovane che cadono da un tetto (2).

Se ne dedurrà che il proprietario inferiore non sia tenuto a ricevere le acque piovane, voltachè queste siano state anzitutto versate sopra un terreno appartenente al proprietario della casa, se scorrono naturalmente sul fondo inferiore? Pardessus scrive che se il terreno su cui cadono le acque è situato superiormente a quello del vicino, costui non può opporsi a che le acque vengano in seguito a defluire sulla sua proprietà. Ciò è troppo assoluto. Bisogna applicare i principii che regolano la servitù di scolo stabilita dall'articolo 640; ora, a termini di questa disposizione, il proprietario superiore nulla può fare che aggravi la servitù del fondo inferiore. Se dunque lo scolo fosse aggravato per effetto di opere qualsivogliano eseguite dal proprietario superiore sopra il suo fondo, il proprietario inferiore potrebbe muoverne reclamo. Si dirà quindi che il proprietario inferiore non è tenuto, nella specie, a ricevere le acque piovane, quando queste gli siano trasmesse in modo più gravoso, che non fosse il naturale effetto della situazione dei luoghi, supposto, s'intende, che sul fondo superiore non siasi praticata alcuna apposita costruzione (3).

Secondo lo spirito della legge, le acque dello stillicidio non devono recare alcun pregiudizio al vicino. Questo sussisterebbe se lo stillicidio venisse a cadere troppo dappresso ad un muro di sua proprietà. Già nell'antico diritto si riteneva opportuno che, in questo caso, venisse osservata una certa distanza e si costruisse un lastricato al fine d'impedire ogni danno alle fondamenta (4).

---

(1) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 218, n. 322.

(2) Colmar, 5 maggio 1819 e sentenza di rigetto del 15 marzo 1830 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 79, 1.° e 2.°).

(3) Pardessus, t. I, p. 472, n. 213. Confronta Demante, t. II, p. 620, n. 536 *bis* II, e il tomo VII dei miei *Principii*, n. 362.

(4) Desgodets, *Sur la coutume de Paris*, art. 210, n. 14.

71. Il proprietario può ritenere le acque piovane che scorrono dal suo tetto; esse gli appartengono per diritto d'accessione. Può disporne dunque a suo piacere. Ma qui torna in campo il principio che circoscrive i diritti di ogni proprietario. Se l'impedito scolo delle acque avesse per conseguenza che queste s'infiltrassero nel fondo contiguo minacciando le costruzioni, il proprietario sarebbe responsabile del danno che ne potesse derivare, e sarebbe perciò obbligato a fare le opere necessarie per distornare questo pregiudizio. In applicazione di questi principii, venne giudicato che il proprietario può essere costretto a lastricare un cortile per cui si riversano le acque piovane al fine di impedire le infiltrazioni che nuocessero ad una cava appartenente al vicino (1).

72. Dall'articolo 681 risulta che non si può costruire un tetto con sporto sul fondo del vicino poichè le acque verrebbero a cadere sopra questo fondo, il che è proibito dalla legge. Tale divieto risultava già dall'articolo 552 secondo il quale la proprietà del suolo comprende tutto ciò che sta al di sopra di questo, il che viene a dire che il mio vicino nulla può sospendere o far sporgere sopra il mio fondo, giacchè verrebbe a commettere una usurpazione sulla mia proprietà. Se dunque il proprietario non può riversare le acque sulla via pubblica, dovrà egli, o costruire delle grondaje destinate a smaltirle sovra un terreno che gli appartiene, o lasciare tra il suo muro ed il fondo vicino uno spazio sufficiente per ricevere le acque. Se fa delle grondaje, deve evitare che sporgano sul fondo del vicino, perchè ciò costituirebbe una nuova usurpazione sulla costui proprietà, quale vien definita dall'art. 552 (2).

Se il proprietario lascia al di là del suo muro uno spazio di terreno sufficiente per ricevere le acque dai suoi tetti, essendo questo terreno sua proprietà, può farne quell'uso che reputi migliore. Accadrà il più delle volte che egli non ne tragga profitto alcuno, mentre se ne potrà valere il vicino quando possegga un cortile od un terreno contiguo. In questo caso può sorgere qualche difficoltà circa la proprietà del terreno. S'intende da sè che esso apparterrà al proprietario se è egli stesso che, costruendo, lo ha riservato per ricevere le acque piovane. Ma come potrà dimostrare il suo diritto? Egli non ha alcun titolo; e la proprietà non può provarsi per testimoni. Talune sentenze ammettono una presunzione di proprietà in favore di colui il quale riversa le acque piovane sul terreno litigioso. La Corte di Bordeaux ha giudicato che costui è reputato proprietario fino a prova contraria: non si può infatti sup-

(1) Sentenza di rigetto del 13 marzo 1827 (Dalloz, alla parola *Propriété*, numero 165).

(2) Pardessus, t. I, p. 471, n. 212. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, pagina 218, n. 322. Demolombe, t. XII, p. 69, n. 585.

porre, dice la sentenza, che la casa sia stata costruita in modo da riversare le acque sopra un terreno che appartiene al vicino, non essendo lecito di presumere la violazione della legge o l'usurpazione della proprietà altrui. Sta adunque la presunzione che colui il quale ha costruito la casa abbia lasciato al di là della facciata esterna del muro lo spazio di terreno necessario per lo scolo delle acque piovane (1). Secondo la Corte, questa presunzione non potrebbe essere combattuta che da un titolo contrario. Noi abbiamo più volte constatato la strana confusione che domina la giurisprudenza nella materia delle presunzioni. Eccone un nuovo esempio. Vi ha presunzione di proprietà quando, dice l'articolo 1350, n. 2, la legge dichiara che la proprietà risulta da talune circostanze determinate. Occorre dunque una formale disposizione del testo che la consacri: basta il buon senso per riconoscere che non potrebbe esservi presunzione legale senza legge. Ora, dove è la legge la quale presuma che il proprietario d'una casa ha la proprietà del terreno su cui egli riversa le acque piovane? Senza dubbio è probabile che egli non abbia violata la legge usurpando la proprietà del suo vicino, ma una probabilità non è una presunzione. Le probabilità di fatto non possono produrre se non taluna di quelle presunzioni semplici che diconsi dell'uomo il cui apprezzamento è dalla legge interamente lasciato alla prudenza dei magistrati, come dice benissimo una sentenza della Cassazione (2). La Corte soggiunge che questa presunzione può essere combattuta dalla presunzione contraria nascente dal possesso che il vicino avesse del terreno in questione. É certo che le presunzioni semplici possono essere combattute con altre presunzioni; per meglio dire, quando una probabilità è distrutta da una probabilità contraria, non vi è più presunzione, poichè la legge non ammette come tali che presunzioni *gravi, precise e concordanti* (art. 1353). Di più la Corte avrebbe dovuto fare una riserva. Invero le presunzioni semplici sono una prova eccezionale, poichè il codice non le ammette che nei casi in cui può esperirsi la prova per testimoni. È soltanto entro questi limiti che il giudice può decidere una questione di proprietà col mezzo di presunzioni.

La Corte di cassazione dice che il vicino può invocare il possesso, vale a dire la prescrizione. Si è obbiettato che, nella specie, eranvi due possessi contrari, quello del proprietario che riversa le sue acque piovane sul terreno in controversia, e quello del vicino che profitta di questo terreno. Da ciò si è tratta la conseguenza che il vicino non poteva acquistare la

(1) Sentenze di Bordeaux del 20 novembre e del 14 dicembre 1833 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 792).

(2) Sentenza di rigetto del 28 luglio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 184). Nel medesimo senso, Demolombe, t. XII, n. 74, n. 592, 593.

vicino può elevare sul suo fondo quelle costruzioni che giudica convenienti, ancorchè rendessero inutili le finestre praticate dal proprietario nel suo muro. Il codice civile ha stabilite speciali restrizioni riguardo all'esercizio del diritto naturale di proprietà; esso non permette al proprietario di un muro contiguo al fondo altrui di aprirvi vedute o finestre a prospetto (articoli 676 e 678). Queste restrizioni costituiscono vere servitù; è il codice stesso che dà loro questo nome. Che fa dunque il proprietario praticando vedute nel proprio muro senza osservare le distanze legali? Si affranca dalla servitù che la legge gli aveva imposta, rientra nel suo diritto naturale di proprietà nel senso che le finestre ch'egli pratica nel suo muro sono considerate come l'esercizio di un diritto, qualora esistano da trent'anni. Ma la libertà da lui riconquistata in nulla attenta alla libertà del suo vicino; costui non può, per vero, domandare la soppressione delle vedute aperte dopo trent'anni, ma nulla gl'impedisce di costruire sul suo fondo, ancorchè, facendolo, venisse a togliere la vista alle aperture eseguite dal proprietario del muro. Costui infatti, possedendo le finestre per trent'anni, non ha fatto altro che liberarsi da una servitù, senza per questo acquistarne alcuna sul fondo del suo vicino (1).

Noi abbiamo risposto dianzi a quest'argomento combattendo il principio della pretesa proprietà naturale, ed esponendo la teoria delle servitù legali. Le Corti del Belgio hanno seguìto la dottrina degl'interpreti del diritto romano, ma questa è ben diversa da quella del codice: il legislatore francese non ha fatto che riprodurre la consuetudine di Parigi (n. 37). È vero che egli dà il nome di servitù alle disposizioni degli articoli 676 e seguenti, che riflettono le vedute e le luci. Ma si ha torto di annettere una benchè minima importanza a questa qualifica, poichè il codice colloca altrove queste pretese servitù tra i quasi-contratti. Pothier le derivava tutte dal quasi-contratto di vicinanza, e, cosa notevolissima, egli tratta di questo quasi-contratto e delle restrizioni alla proprietà che ne risultano, esponendo i principii del contratto di società, come se avesse voluto indicare che queste restrizioni dette servitù legali altra cosa non sono che concessioni reciproche che lo stato sociale impone agli uomini. La nostra Corte di cassazione stessa ha proclamato questi principii nelle sentenze in cui risolve la questione se le servitù dette legali siano una espropriazione, e se a questo titolo conferiscano diritto ad una indennità (2). In tali giudicati,

---

(2) Sentenza di cassazione del 19 maggio 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 326). Confronta sentenza di Gand in grado di rinvio dell'11 maggio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 254). È questa la giurisprudenza quasi costante delle Corti del Belgio: Bruxelles, 20 aprile 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 105), e 4 giugno 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 129); Gand, 29 marzo 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 65); Liegi, 13 luglio 1853, (*Pasicrisie*, 1853, 2, 315)

(1) Vedi *retro*, n. 39. Vedi pure il tomo VII dei miei *Principii*, n. 474 e *retro*, n. 13.

essa ha dovuto ispirarsi ai novelli principii che indussero le nostre consuetudini a temperare il diritto di proprietà in vista delle necessità della vita sociale. Le servitù legali altra cosa non sono che questi medesimi temperamenti, come li chiama Ferrière. Al contrario le Corti del Belgio si sono strettamente attenute, ed a torto, secondo il nostro avviso, alla teorica romana. Ripudiando il principio che serve di punto di partenza alla giurisprudenza, dobbiamo altresì respingere le conseguenze cui essa conduce. Le vedute e le luci autorizzate dagli articoli 576 e seguenti erano altra volta chiamate vedute di consuetudine, per distinguerle dalle vedute di servitù; si ritenevano pertanto vedute di diritto, eseguite in forza del diritto di proprietà. Se il proprietario di un muro contiguo al fondo altrui vi stabilisce finestre che non avrebbe facoltà di aprire, non agisce più come proprietario, ma a titolo di servitù. Se dunque egli possiede queste finestre per lo spazio di trent'anni, avrà acquistato un diritto che non gli spettava come proprietario, avrà acquistato cioè una servitù di veduta.

La giurisprudenza delle nostre Corti è in piena opposizione con questi principii scritti nei nostri testi, e che sono quelli della consuetudine di Parigi. Le vedute che i commentatori della consuetudine di Parigi chiamavano *di consuetudine*, vale a dire *di diritto*, divengono *vedute di servitù*, e quelle che il proprietario acquista con la prescrizione, le *vedute di servitù*, divengono *vedute di proprietà* (1). Noi diciamo che questa teoria è in piena opposizione colle nostre leggi.

Quando il proprietario d'un muro contiguo al fondo altrui vi pratica delle vedute, qual'è il diritto del vicino? Egli potrà domandarne la soppressione, trattandosi d'una usurpazione sulla sua proprietà, perchè, come dicevano i giureconsulti della scuola consuetudinaria, colui che porta l'occhio in casa del vicino, vi mette il piede. Come potrà questa usurpazione convertirsi, dopo trent'anni, nell'esercizio del diritto di proprietà? Da ciò che il vicino non possa più, scorsi trent'anni reclamare la soppressione delle finestre, risulterà forse che il proprietario del muro ha fatto atto di proprietà usurpando sul fondo del vicino? Un attentato alla proprietà altrui può forse mai trasformarsi in un atto di proprietà? Può concepirsi che questa usurpazione continuata e sofferta durante trent'anni, divenga una servitù ossia un peso per l'uno dei fondi, un diritto nuovo per l'altro; ma non si può neppure immaginare che ciò che costituiva nel suo principio una violazione della proprietà del vicino divenga col decorso del tempo l'esercizio del diritto di proprietà (2).

---

(1) È ciò che dice la sentenza della Corte di Gand, resa a sezioni unite. Del resto non fa che ripetere ciò che aveva detto MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Servitude*, § III (t. XIV, p. 245).

(2) DEMOLOMBE, t. XII, p. 62, n. 580.

proprietà del terreno con la prescrizione sino a quando sussistesse lo stillicidio (1). Ma per tal modo si viene a confondere la questione della proprietà con quella della servitù. Può esservi stillicidio tanto a titolo di servitù quanto a titolo di proprietà. Dunque nulla impedisce che lo stillicidio coesista con la proprietà del vicino; costui può essere proprietario in virtù d'un titolo o della prescrizione, e lo stillicidio può risultare da una servitù (2). Simili questioni sono assai spesso poco sicure in fatto: in diritto non v'è dubbio alcuno.

§ VII. — *Della servitù di passaggio.*

73. Dice l'art. 682: « Il proprietario i cui fondi sono interchiusi, e che non ha veruna uscita sulla via pubblica, può reclamare un passaggio attraverso i fondi dei suoi vicini, per la coltivazione delle sue terre ». Questa disposizione stabilisce una vera servitù di passaggio la quale non differisce che per la sua origine dalla servitù di passaggio costituita per titolo. Essa esiste, in virtù della legge, indipendentemente da ogni convenzione. É vero che la legge dice che il proprietario il cui fondo è d'ogni parte circondato può *reclamare* un passaggio sui fondi vicini. Da ciò si è tratta la conclusione che la costituzione di questa servitù sia una specie di espropriazione, la quale non esiste che allorquando il proprietario è privato della sua proprietà in forza di una sentenza o di una convenzione (3). Una simile interpretazione è in urto colla lettera e collo spirito della legge. Vi è espropriazione, secondo l'art. 545, quando un proprietario è costretto a cedere la sua proprietà per causa di utilità pubblica e mediante il corrispettivo d'un equo e preventivo indennizio. Ora, il proprietario del fondo che deve prestare il passaggio nel caso in cui quello al quale si accede sia da ogni parte circondato, conserva la proprietà del terreno pel quale il passaggio si esercita: non è dunque privato della sua proprietà; gli s'impone solamente una servitù. E nel sistema del codice la costituzione d'una servitù non è considerata come un'espropriazione, ancorchè sia creata per viste d'interesse pubblico. Così avviene delle servitù militari per le quali la legge non concede indennità alcuna, prova certa codesta che non vi è espropriazione, nel senso legale della parola. Nel caso di interclusione, è pure in causa una specie d'utilità pubblica. « E

(1) Amiens, 20 febbraio 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 794).

(2) Limoges, 26 dicembre 1839 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 795, 1.°). Sentenza di rigetto del 28 luglio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 184). Pardessus, t. I, p. 476, n. 215).

(3) Valette, secondo Mourlon, t. 1, p. 800 e seg. In senso contrario, Demolombe, t. XII. p. 115, n. 635. Duranton, t. V, p. 467, n. 426.

di diritto naturale, dice Domat, che un fondo non rimanga inutile ». Bourjon dice che il bene pubblico è la legge suprema (1). Ma la servitù non è accordata allo Stato nè per bisogni pubblici (2); ciò basta per escludere l'espropriazione la quale è appunto chiamata espropriazione per causa di pubblica utilità. Se la legge vuole che il proprietario gravato dal passaggio riceva un'ndennità, si è perchè la servitù è costituita nell'interesse di un privato e profitta a costui.

La servitù esiste dunque in virtù della legge, vale a dire di pieno diritto. In favore di questa opinione si sono invocate le antiche consuetudini. Coquille dice che la consuetudine permette di *prendere* passaggio pel fondo del vicino; e la consuetudine di Malines dice che il fondo intercluso *deve avere* un'uscita (3). Ma Bourjon si esprime in senso affatto contrario: secondo lui, il proprietario del fondo circondato ha *azione* contro il vicino « per obbligarlo a cedergli un passaggio ». Egli chiama ciò una *vendita forzata;* il che risponde precisamente alla teoria da noi combattuta. La tradizione è dunque incerta, ma non è dubbio invece lo spirito della legge. Nell'esposizione dei motivi, Berlier dice che il proprietario il quale presta il passaggio deve esserne indennizzato, e che colui il quale lo *prende* deve usarne in quel modo che rechi minor danno all'altro (4). É questa l'espressione di Coquille, la quale suppone la esistenza d'una servitù. La servitù è costituita dalla legge, non occorre dunque azione. Avremo occasione di ritornare su questo punto, (nn. 97 e 106).

N. 1. — Condizioni.

I. — Chi può reclamare il passaggio.

74. L'art. 682 dice che il *proprietario* il cui fondo è da ogni parte circondato da fondi altrui, può reclamare un passaggio sopra di questi. Ciò vorrà dire che il solo proprietario abbia questo diritto? Lo si potrebbe sostenere invocando i principii che regolano le servitù convenzionali. Il solo proprietario ha qualità per stipulare una servitù, poichè egli soltanto è il rappresentante legale del fondo. Ora anche nel caso d'interchiusura si tratta dell'acquisto d'una servitù, il che sembra decidere la questione. Vi è tuttavia una considerevole differenza. Il proprietario il cui fondo è d'ogni parte circondato nulla stipula; egli *reclama,* dice il codice. È la legge che stabilisce il pas-

(1) DOMAT, *Lois civiles,* libro I, t. XII, sezione I, n. 10. BOURJON, *Le droit commun de la France,* t. II, p. 9, libro IV, tit. I, parte II, cap. I, n. n. 1.
(2) Così decise la Corte di Liegi, 12 giugno 1839 (*Pasicrisie,* 1839, 2, 108).
(3) FAIDER, Requisitoria (*Pasicrisie,* 1859, 1, 310).
(4) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 16 (LOCRÉ, t. IV, p. 182).

saggio, il quale si trova appunto compreso fra le servitù legali. L'art. 682 aggiunge che il passaggio è concesso per la coltivazione del fondo. Da ciò si dovrà concludere che tutti coloro i quali hanno un diritto sul fondo, l'usufruttuario, l'enfiteuta, il superficiario possono domandare il passaggio se quello trovasi da ogni parte circondato da terreni altrui. Costoro hanno facoltà di reclamare, in nome del fondo, un diritto che la legge stabilisce nell'interesse della coltivazione, poichè il diritto reale di cui sono forniti attribuisce loro quel medesimo diritto di godimento che appartiene al proprietario (1). Tuttavia è mestieri di fare una riserva, come verremo dicendo.

75. Una sentenza della Corte di Amiens va assai più lontano: essa decide che anche l'affittuario, per valersi del fondo che coltiva, potrebbe reclamare il passaggio (2). Ciò è contrario ai principii che regolano la locazione. L'affittuario non ha alcun diritto sul fondo, egli non possiede veste veruna per far domande in suo nome. Egli non ha alcun diritto d'agire perchè non è a lui che spetta di corrispondere l'indennità, ma al locatore: non avrà quindi azione che contro costui il quale è obbligato a far sì che egli possa godere della cosa locata. Invano si direbbe che la servitù esiste in virtù della legge, che non si tratta di costituirla, ma di esercitarla. Rispondiamo che, perchè possa essere esercitata, occorre che venga stabilito il luogo attraverso il quale sarà praticato il passaggio e l'ammontare dell'indennità. L'affittuario non ha alcuna qualità per regolare l'esercizio di una servitù, poichè non può stipulare in nome del fondo; egli non può neppure consentire un'indennità che non deve pagare. Anche coloro che hanno un diritto reale sulla cosa non possono rappresentare totalmente il proprietario. L'indennità è un peso che grava nel contempo sul nudo proprietario e sull'usufruttuario; è dunque mestieri che il nudo proprietario partecipi al regolamento dell'indennità.

II. — Della interchiusura.

76. Quando vi è interchiusura? Lo dice l'articolo 682: « quando il proprietario non ha veruna uscita sulla via pubblica ». Dalla lettera della legge sembra risultare che occorra una necessità assoluta perchè un proprietario il cui fondo è circondato possa domandare un passaggio sui fondi dei suoi vicini, vale a dire l'assoluta impossibilità in cui egli si trovi di procurarsi un'uscita attraverso ai suoi propri fondi. Tale sembra essere altresì lo spirito della legge. Infatti la servitù ch'essa

---

(1) AUBRY, e RAU, t. III, p. 25 e nota 3 e gli autori che vi sono citati.
(2) Amiens, 25 maggio 1813 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 847).

impone ai fondi vicini è una restrizione forzata al diritto di proprietà, che venne paragonata appunto ad una espropriazione parziale; ora, l'espropriazione, quando è pronunciata nell'interesse di un proprietario, è un'eccezione, una deroga al diritto comune, e deve, perciò, interpretarsi nel modo più ristretto. Non mancano autori e giudicati che si pronunciano in questo senso. Pardessus parla di necessità assoluta; la Corte di Besançon esige una assoluta impossibilità (1). Questo rigido sistema venne formulato dalla Corte di Rouen in questi termini: « Secondo la legge, d'accordo con la ragione e con l'equità, il passaggio forzato sopra un fondo contiguo non deve aver luogo che pel caso d'*impossibilità fisica* di giungere al fondo che si trova circondato da ogni sua parte; perchè quindi possa venir accordato è indispensabile l'esistenza d'una assoluta necessità. Per quanto difficile, per quanto lunga sia una uscita sulla via pubblica, essa fa scomparire l'obbligazione di passaggio forzoso sulle proprietà vicine » (2).

La Corte di cassazione ha condannata questa interpretazione rigorosa. La Corte di Tolosa avea dichiarato « bastare, in diritto, per non rendere necessaria la servitù, che vi fosse un'uscita quantunque angusta e pericolosa ». La sentenza venne cassata come contraria alla legge, la quale vuole che l'uscita sia sufficiente per la coltivazione del fondo (3). Tutto quindi si riduce ad una questione di fatto: spetta al giudice vedere, in ciascuna specie, se il proprietario il quale reclama il passaggio abbia o no un'uscita che basti ai suoi bisogni. Questa interpretazione trovasi maggiormente in armonia con lo spirito della legge. È vero che l'espropriazione forzata è un attentato al diritto di proprietà. Ma si ha torto di considerare questo diritto come assoluto. Esso riceve parecchie limitazioni nell'interesse del buon vicinato, senza che si possa dire che queste restrizioni siano fondate sopra una necessità assoluta. Anche quando vi è vera espropriazione, la legge si contenta dell'*utilità pubblica;* perchè si sarebbe più severi per una semplice servitù di passaggio? È vero ch'essa è stabilita nell'interesse di un privato, ma vi è pure in causa un interesse generale, quello della coltivazione dei fondi. Ciò non vuol dire che il proprietario possa reclamare un passaggio, a titolo d'interchiusura, per solo suo comodo o pel suo vantaggio particolare: vi è un eguale interesse per i vicini a non accordarlo, e la legge non sacrifica gli interessi dell'uno a quelli dell'altro. Ciò sarebbe allontanarsi dalla disposizione del testo, e se non con-

(1) PARDESSUS, t. I, p. 493, n. 218. Besançon, 23 maggio 1828 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 819, 1.°).
(2) Rouen, 16 giugno 1835 (DALLOZ, alla parola, *Servitude*, n. 819, 4.°).
(3) Sentenza di rigetto del 16 febbraio 1835 (DALLOZ, alla parola *Servitude* n. 866).

viene violarla per eccessiva severità, non è lecito neppure di eccederla per una soverchia indulgenza, la quale, nell'intento di favorire il proprietario il cui fondo è d'ogni parte circondato, nuocerebbe ai suoi vicini. È quindi mestieri di conciliare fra loro diritti ed interessi affatto diversi: ciò che con saggia moderazione ha fatto la giurisprudenza.

76 *bis*. L'articolo 682 ha dato luogo ad un'altra difficoltà: quale è il significato delle parole *via pubblica?* Se il proprietario ha un'uscita sovra un *sentiero,* si potrà dire che egli si trova intercluso, perchè questo sentiero non è una strada? No, certo. La legge non richiede che la *via pubblica* sia una strada appartenente allo Stato, alla Provincia, al Comune. Basta che la via sia pubblica, vale a dire che serva all'uso dei proprietari limitrofi. Donde segue altresì che i proprietari i cui fondi sono d'ogni parte circondati possono reclamare un passaggio sopra un sentiero, poichè questo passaggio metterà capo ad una via pubblica (1). La cosa è così evidente che crediamo inutile d'insistervi maggiormente.

77. Se vi è un'uscita, ma non legale, vale a dire non tale da conferire al proprietario il diritto di passare, potrà egli domandare ugualmente un passaggio? Il caso si presenta quando il fondo confina con una via navigabile. L'interchiusura sussisterà senza dubbio. Infatti, la via navigabile ha una destinazione speciale. Essa è affetta alla navigazione: i vicini non possono servirsene a titolo di passaggio; i tribunali non potrebbero neppure accordare un passaggio sul marciapiedi, il quale è destinato esclusivamente ai naviganti, poichè se i vicini avessero facoltà di transitarvi, il servizio pubblico ne sarebbe ostacolato (2). Vi è di più, il Demanio non avrebbe alcun potere d'accordare, in un atto di vendita, un diritto di passaggio sulla via navigabile. In una sentenza della Corte di Bruxelles si legge che la cosa non sarebbe facilmente presumibile (3). Non si dice ancora abbastanza. L'amministrazione non ha diritto di disporre del terreno che serve di marciapiede; al di fuori del servizio della navigazione, questo terreno è una proprietà privata di cui dispone il solo proprietario. Quanto alla servitù di marciapiede, essa è affetta ad una destinazione speciale e non potrebbe essere estesa ad un servizio diverso da quello della navigazione per cui è stata stabilita.

Che si dirà se il proprietario il cui fondo è d'ogni parte circondato ha una uscita di semplice tolleranza? Fu giudicato che egli non avrebbe potuto, finchè fruiva della concessione,

---

(1) Sentenza di cassazione della Corte del Belgio, 8 agosto 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 1, 217).

(2) Bordeaux, 15 gennaio 1835 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 822). AUBRY e RAU, t. III, p. 26 e nota 7.

(3) Bruxelles, 23 dicembre 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 86).

reclamare il passaggio. A nulla giova il dire che da un giorno all'altro questa tolleranza potrebbe cessare. La Corte di cassazione risponde che i magistrati non debbono pronunziare che sullo stato attuale delle cose; solo quando il proprietario del fondo intercluso si vedrà interdetta ogni via per giungere al suo terreno potranno i tribunali pronunziare quale dei vicini sia tenuto ad accordare il passaggio (1). L'azione non è ammissibile per mancanza d'interesse.

78. Il proprietario ha una uscita legale sopra una via pubblica; ma questa è distrutta, od invasa dallo straripamento di un corso d'acqua. Avremo bensì una chiusura, ma temporanea, e il passaggio è di diritto sui fondi limitrofi (2). I proprietari dei fondi sui quali viene esercitato questo passaggio necessario, non possono pretendere indennità alcuna contro i passanti: essi avranno soltanto azione contro il comune, se si tratta di una strada vicinale, o contro lo Stato, se si tratta di una via pubblica. Può esservi colpa, negligenza da parte dell'autorità amministrativa, donde responsabilità e risarcimento di danni. Da ciò consegue che quando esiste una via, e questa sia in cattivo stato, non si può domandare un passaggio per causa d'interchiusura. I proprietari interessati debbono rivolgersi al comune o allo Stato; non si può parlare di chiusura quando esiste una via, quantunque in cattivo stato (3).

79. Supponiamo che vi sia un'uscita, ma pericolosa; è sufficiente per autorizzare il proprietario che non ne ha altre, a reclamare un passaggio sui fondi vicini. La Corte di cassazione ha formulato questo principio colla massima larghezza. « Vi è chiusura, essa dice, quando non si può avere accesso sulla via pubblica senza gravi inconvenienti » (4). Spetta al giudice del fatto decidere quando l'inconveniente è grave. La questione si presenta assai spesso quando il proprietario che reclama un passaggio ha un'uscita per via d'acqua. Se si tratta di un fiume navigabile e la cui navigazione è pericolosa non vi è guari dubbio; una simile via non potrebbe essere considerata come sufficiente. La Corte di Rouen ha giudicato che, in vicinanza di questa città, la navigazione della Senna presenta pericoli tali che le difficoltà di comunicazione equivalgono in qualche modo ad un'impossibilità fisica (5). La Corte di Angers ha deciso che la Loira non offre una via d'accesso

---

(1) Sentenza di rigetto del 30 aprile 1835 (Dalloz, alla parola *Servitude*, numero 855).

(2) Sentenza di rigetto dell'11 agosto 1835 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 823). Confronta il tomo VII dei miei *Principii*, n. 465).

(3) Sentenza di rigetto del 4 giugno 1866 (Dalloz, 1867, 1, 10).

(4) Sentenza di rigetto del 1.° aprile 1857 (Dalloz, 1857, 1, 164).

(5) Rouen, 24 dicembre 1841, confermata su ricorso da una sentenza del 31 giugno 1844 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 821, 3.°). Confronta Gand, 23 novembre 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 237).

sicura e praticabile: questo fiume, dice la sentenza, sul quale, nella specie, sarebbe stato mestieri di effettuare un tragitto di ottocento metri ha, per sua natura, un corso variabilissimo, ora elevato, impetuoso e violento, ora troppo esiguo, ed impedito da banchi di sabbia; la strettezza del letto principale, la soppressione di diversi rami per effetto di numerosi lavori, il cammino rapido e agitante dei battelli a vapore, tutto contribuisce a rendere la navigazione difficile e pericolosa; essa lo sarebbe sopratutto, aggiunge la Corte, per i battelli che avessero a trasportare animali inviati al pascolo od a ricondurli. La sentenza conchiude, con ragione, che comunicazioni così piene di pericoli ed esposte a soventi naufragi non potevano essere considerate come praticabili, che vi era dunque necessità di accordare un altro passaggio ai proprietari interessati (1).

Quando non si tratta di un fiume navigabile, ma d'un canale, la soluzione della difficoltà dipende anzitutto dalle consuetudini dei diversi paesi. La Corte d'Olanda ha deciso che non vi è interclusione se il terreno che si pretende chiuso confini con un canale (2). In una regione meno ricca di acque una simile decisione sarebbe troppo assoluta, tutto in questa materia dipendendo dalle speciali circostanze. La Corte di cassazione di Francia ha giudicato non esservi chiusura, quando il proprietario può passare per un corso d'acqua che sia, quasi in ogni tempo, guadabile (3). Nei luoghi montuosi può esservi chiusura anche in causa d'un semplice torrente, se, come dice una sentenza, questo presenta sempre un tragitto poco sicuro, incomodo ed anche impraticabile durante una parte dell'anno (4).

80. Ciò che abbiamo detto dei corsi d'acqua dimostra che non si può stabilire come principio che un fondo non è chiuso quando ha un'uscita, per quante difficoltà essa presenti (5). La Corte di Besançon pur ripetendo sull'esempio di Pardessus che il diritto di chiedere un passaggio è subordinato all'impossibilità assoluta di passare per un'altra via pubblica, ha cura, prima di pronunziare contrariamente alla domanda del passaggio stesso, di constatare che esisteva una via di comunicazione non assolutamente impraticabile, sebbene riuscisse difficile il transito attraverso alla medesima con un carico completo; che questo inconveniente poteva scomparire con una rettificazione poco dispendiosa della pendenza; di guisa che alcune opere facilmente eseguibili avrebbero posto la via in

---

(1) Angers, 14 gennaio 1847 (DALLOZ, 1847, 2, 47).
(2) Sentenza del 18 novembre 1861 (*Weekblad voor het regt*, n. 2327).
(3) Sentenza di rigetto del 30 aprile 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 158).
(4) Bastia, 2 agosto 1854 (DALLOZ, 1856, 2, 281).
(5) AUBRY e RAU lo dicono in termini troppo assoluti (t. III, p. 26 e nota 8).

istato di completo esercizio (1). Con queste restrizioni, si può ammettere il principio che non basta una difficoltà purchessia perchè esista la chiusura. Al contrario, se le spese occorrenti per rendere una via esercibile fossero eccessive, vi sarebbe interclusione anche senza un'assoluta impossibilità. Il consigliere Mesnard dice benissimo che, in questo caso, vi è un'impossibilità morale che equivale ad una impossibilità fisica; si può forse pretendere che un proprietario spenda diecimila franchi per dare un'uscita ad un terreno il cui complessivo valore non raggiunge una tal cifra? (2). Quando, per procurarsi il passaggio, si renderebbero necessarie spese sproporzionate affatto al valore del fondo, vi è chiusura (3). La difficoltà si risolve dunque in un calcolo di spese: se le opere sono agevoli e poco dispendiose, non vi è interclusione. Quando dunque le spese eccedono di poco l'indennità che il proprietario del fondo circondato dovrebbe pagare per ottenere un passaggio sui fondi vicini, il principio di conciliazione che domina in questa materia esige che il proprietario si sobbarchi a questa leggera differenza, anzichè far gravare sui vicini una servitù di passaggio sempre onerosa (4).

81. In questa via di equa interpretazione, la giurisprudenza è andata ben più lontano. Si è giudicato che un fondo deve considerarsi intercluso quando ha un'uscita, ma insufficiente per i bisogni della coltivazione (5). Questa decisione è fondata tanto in diritto quanto in equità. A quale scopo la legge accorda un passaggio forzoso al proprietario del fondo circondato? L'articolo 682 lo dice: « per la coltivazione del suo fondo ». Il legislatore vuole dunque che il proprietario abbia sempre un'uscita per coltivare i suoi fondi. Un sentiero sarebbe mai un'uscita sufficiente, allorchè le necessità della coltura esigono che si passi con carri e cavalli? Il proprietario che ha soltanto un sentiero, mentre gli occorrerebbe una via, è realmente chiuso da ogni parte, poichè non può coltivare il suo fondo.

82. Basta che vi sia chiusura perchè si faccia luogo al pas-

---

(1) Besançon, 23 maggio 1828 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 819, 1.°). Confronta Bruxelles, 12 aprile 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 200). Nella specie, le spese non si elevavano che a 54 franchi e il vicino offriva di sopportarle; tuttavia il proprietario che pretendeva avere il fondo circondato reclamò.

(2) Il caso si è presentato. Parigi, 24 maggio 1844 e sentenza di rigetto del 25 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 325).

(3) Parigi, 24 maggio 1844 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 821, 4.°) e sentenza di rigetto del 15 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 326); del 14 aprile 1852 (Dalloz, 1852, 1, 154). Caen, 16 marzo 1861 (Dalloz, 1861, 2, 167). Bruxelles, 7 febbraio 1854 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 194). Sentenza di rigetto del 14 aprile 1852 (Dalloz, 1852, 1, 164).

(4) Colmar, 26 marzo 1831 e Rennes, 22 marzo 1826 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 819, 2.° e 6.°).

(5) Caen, 16 aprile 1859 (Dalloz, 1859, 2, 199).

saggio forzato in virtù dell'articolo 682? No, bisogna anzitutto vedere la causa dell'interchiusione. Maleville dice che fa stupore il pensare come vi siano ancora fondi da ogni parte circondati, mentre da tanti secoli la terra è posta in istato di coltura (1). Eppure simili chiusure debbono essere assai frequenti a giudicarne dal numero considerevole di sentenze rese sulla servitù di passaggio. Ciò vorrà dir forse che qualunque chiusura dia il diritto di esigere un passaggio forzato attraverso i fondi dei vicini? La chiusura implica un'idea di necessità, fisica o morale; e la necessità suppone che se un proprietario è da ogni parte chiuso, lo sia senza sua volontà. Se egli, eseguendo delle costruzioni, si è privato dell'uscita, non vi sarà chiusura (2). Del pari se l'interclusione ha causa in un fatto volontario, cui il proprietario chiuso da ogni parte ha prestato il suo consenso, non potrà invocarsi il beneficio dell'articolo 682. L'eguaglianza, che costituisce il principio fondamentale del nostro sistema successorio, fa sì che i terreni vadano incessantemente suddividendosi. Accade dunque ogni giorno che, dividendosi un fondo in un gran numero di porzioni, taluna di queste si trovi senza uscita sulla pubblica via. Ecco dei fondi interchiusi. Forse che i proprietari potranno domandare ai loro vicini, estranei alla divisione, un passaggio forzato in virtù dell'articolo 682? No, certamente, perchè la chiusura ha radice nella loro volontà, mentre non possono già, pel semplice voler loro, imporre una servitù sopra i fondi dei vicini. Si dirà che i terreni, per qualsivoglia causa interclusi, debbono pur sempre ottenere un'uscita, sotto pena di rimanere inutili a coloro che li posseggono ed alla stessa società? Ciò è evidente; ma essi debbono domandare quest'uscita ai loro condividenti. Se la divisione è fatta in buona fede e con un po' di previdenza, essa stabilirà un passaggio a favore di quelli le cui quote sono da ogni parte circondate. Che se per negligenza o per dolo uno dei condividenti ha nella sua quota un fondo senza uscita, avrà azione contro gli altri, per ottenere un passaggio attraverso la porzione attribuita a colui che è confinante con la via pubblica. È questa una conseguenza dell'obbligo della garantía che esiste fra condividenti; essi debbono reciprocamente garantirsi la proprietà degli immobili posti nella loro quota, e quindi anche una proprietà utile. Ora finchè un condividente ha azione contro i suoi coeredi, non può agire contro i terzi; egli non è realmente interchiuso dal momento che ha diritto ad un'uscita (3).

---

(1) Maleville, *Analyse raisonnée*, t. II, p. 129.
(2) Sentenza di rigetto 16 marzo 1870 (Dalloz, 1870, 1, 421).
(3) Duranton, t. V, p. 461, n. 420. Demante, t. II, p. 631, n. 537 *bis* I. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 220, n. 325. Aubry e Rau, t. III, p. 28, nota 18.

Pardessus suppone che o per negligenza nella redazione degli atti, o per decorso di tempo, il condividente da ogni parte circondato non abbia più azione contro i suoi garanti; in questo caso, egli dice, potrà trar profitto della disposizione dell'articolo 682. Questa opinione è stata vivamente combattuta (1). Infatti, il modo con cui è compilato l'atto di divisione non può privare i condividenti dell'azione diretta ad ottenere un'uscita. Ordinariamente l'atto sarà muto; ma il silenzio dei condividenti non toglie al quotista interchiuso la facoltà di regresso contro i suoi garanti. Se l'atto portasse che i condividenti da ogni parte circondati non avessero azione in garanzia a titolo di chiusura, ciò non impedirebbe ai proprietari chiusi di reclamare un passaggio, preferibilmente contro i loro condividenti, poichè la divisione non può mai gravare d'una servitù i fondi vicini: la clausola di non garanzia non avrebbe altro effetto se non quello di obbligare colui che domanda il passaggio a pagarlo, essendosi tenuto calcolo di ciò nella stima della sua quota. Altrimenti sarebbe a dirsi se l'azione fosse prescritta; non avendo più azione in garanzia contro i suoi condividenti, il proprietario del fondo da ogni parte circondato dovrà agire in virtù dell'art. 682 (2).

83. La giurisprudenza è per questa conclusione. È stato deciso che la divisione di un fondo conferisce un diritto di passaggio alla parte più lontana dalla via pubblica, sulle altre. La sentenza dice che questa *presunzione di concessione* risulta dalla necessità delle cose. L'espressione è infelice; la servitù non può trarre origine da una presunzione, giacchè non può supporsi *a priori* che alcuno voglia gravare il suo fondo di una servitù. Ma, come la Corte stessa ha spiegato, la parte del fondo d'ogni intorno circondata non ha diritto al passaggio sul fondo del vicino, poichè i condividenti non possono creare delle servitù sul fondo di un terzo; è giusto di far sopportare al fondo diviso le servitù che nascono dalla sua divisione (3). Non solamente ciò è giusto, ma è altresì fondato in diritto come dimostreremo. Se l'atto non contiene alcuna stipulazione a questo riguardo, i tribunali regoleranno il passaggio. È un caso in cui, apparentemente, il giudice stabilisce una servitù; a vero dire, non è il giudice, ma la volontà tacita delle parti contraenti. Non bisogna dunque invocare, come fa la Corte di Bastia, l'articolo 682 il quale s'oppone a che una porzione qualunque di un'eredità rimanga inaccessibile e sia colpita da sterilità (4). Qui non

(1) Pardessus, t. I, p. 495, n. 219. Duranton, t. V, p. 463, n. 420. Demolombe, t. XII, p. 584, n. 602.
(2) Tolosa, 12 maggio 1866, e sentenza di rigetto del 15 gennaio 1868 (Dalloz, 1868, 1, 166).
(3) Riom, 10 luglio 1850 (Dalloz, 1851, 2, 244).
(4) Bastia, 17 dicembre 1856 (Dalloz, 1858, 2, 210).

si tratta della servitù d'interesse pubblico creata dell'articolo 682; la divisione è un contratto che obbliga i condividenti, a garantirsi le loro quote, e, per una conseguenza necessaria, a dare accesso ai diversi lotti sulla via pubblica. Il giudice non può mai creare una servitù, come diremo: se, nella specie, egli la stabilisce, lo fa fondandosi sulla volontà delle parti contraenti; per meglio dire, si limita a regolarne l'esercizio. Talvolta l'atto di divisione contiene una clausola concernente le servitù, ma concepita in termini talmente generali, che sembra autorizzare le più eccessive pretese. Si dice, ad esempio, « che i condividenti debbono concedersi reciprocamente una via a titolo di servitù, dappertutto ove è richiesta; in tempo e stagione convenienti ». La Corte di Rennes ha deciso che questa clausola non s'applicava che ai passaggi necessari pel servizio delle terre aratorie che formavano l'obbietto della divisione, e che non poteva intendersi d'un passaggio permanente e quotidiano che uno dei condividenti reclamava pel servizio di magazzini stabiliti dopo la divisione (1).

84. Non bisogna confondere il passaggio dovuto in virtù di una divisione col passaggio legale dell'articolo 682. Diremo più innanzi che il primo è dovuto, in generale, senza alcun corrispettivo. Vi è un'altra differenza. La servitù legale di passaggio nasce dalla necessità, e cessa con la causa che le ha dato origine: noi avremo occasione di ritornare su questo principio. Egli è altrimenti della servitù cui son tenuti i condividenti; anche quando il proprietario del fondo intercluso acquistasse un fondo limitrofo ad una via pubblica, cessando così di essere da ogni parte circondato, conserverebbe tuttavia il passaggio accordatogli dalla divisione, poichè si tratta di una servitù convenzionale la quale non può estinguersi pel solo fatto di essere divenuta inutile al fondo dominante. Ciò ha pure il suo fondamento sulla ragione e sull'equità. Il proprietario che si trova chiuso da ogni parte per conseguenza d'una divisione ha diritto ad un passaggio perchè il suo fondo sarà stato stimato con riguardo alla chiusura: si tratta dunque d'una servitù acquistata a titolo oneroso e col concorso del consenso; ora i contratti sono irrevocabili. La giurisprudenza è in questo senso (2).

85. I medesimi principii si applicano alla vendita. Quando un fondo è diviso per effetto di una vendita ed una parte di esso si trovi da ogni parte circondato dalle altre, quella che ha accesso alla via pubblica è gravata da una servitù di passaggio a vantaggio della prima. È una conseguenza logica delle obbligazioni che incombono al venditore. Egli deve consegnare la cosa venduta al compratore e deve garantirla; ora, a termini

(1) Rennes, 18 novembre 1817 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1002, 2.°)
(2) Poitiers, 31 gennaio 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 857). Sentenza di rigetto del 1.° agosto 1861 (Dalloz, 1862, 1, 162).

dell'articolo 1615, l'obbligazione di consegnare la cosa comprende i suoi accessori e tutto ciò che è destinato al suo uso perpetuo; ma il passaggio è certamente il più indispensabile di tutti gli accessori, perchè senza di esso il compratore non può neppure essere immesso in possesso. Ma che si deciderà se la porzione interchiusa rimanesse al venditore medesimo? Qui non si può più invocare una obbligazione, poichè il compratore null'altro deve al venditore che il prezzo. Si dirà forse che il venditore abbia diritto di reclamare un passaggio in virtù dell'articolo 682? No, poichè è per sua volontà che egli trovasi chiuso da ogni parte; ora, le parti contraenti non hanno diritto d'imporre una servitù ai fondi vicini. Bisogna dunque concludere che vi è un'obbligazione tacita in virtù della quale il passaggio è sempre dovuto da una delle parti all'altra (1). Si tratterà di un passaggio convenzionale e non di un passaggio legale.

86. Poichè la chiusura volontaria, in conseguenza della vendita o della divisione, non dà luogo al passaggio forzoso, l'articolo 682 non troverà applicazione se non nei casi in cui la chiusura risulterà da un fatto accidentale, come il franamento di un terreno, l'invasione delle acque, il mutamento di letto di un fiume, lo scavamento di un canale, la soppressione di una strada (2). Può accadere tuttavia che il passaggio, convenzionale nella sua origine, divenga in seguito legale. Al momento della vendita, le parti stipulano un passaggio in favore del fondo intercluso. Questo passaggio si trova insufficiente in causa dei nuovi bisogni della coltivazione. È stato giudicato che il proprietario del terreno circondato poteva domandare un passaggio più esteso, corrispondendo un'equa indennità (3). È forse in virtù della vendita che si reclama questo nuovo passaggio? No, poichè alle obbligazioni risultanti dalla vendita si è già soddisfatto colla concessione del primo passaggio, dunque le parti contraenti nulla più si debbono. Se si è reso necessario un passaggio più esteso, avremo realmente la chiusura nel senso dell'articolo 682. Come dice la Corte di Caen, la chiusura è uno stato relativo; il proprietario che ha bisogno di una strada per carri e cavalli è intercluso quando non ha che un passaggio per pedoni. La nuova comunicazione è dunque reclamata in causa della chiusura, e per conseguenza, in virtù dell'articolo 682.

Vi è un caso di passaggio legale dopo la stipulazione della vendita. Il venditore aveva alienato la parte del suo fondo confinante con la via pubblica, molto tempo innanzi alla vendita del rimanente. La vendita ha dunque per obbietto un fondo

(1) Caen, 26 maggio 1824 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 851, 1.°). Agen, 16 febbraio 1814 (Dalloz, *ibid.*, num. 851, 2.°). Douai, 23 novembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 244). Sentenza di rigetto del 14 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 176).

(2) Demolombe, t. XII, p. 583, n. 602 e tutti gli autori.

(3) Caen, 10 gennaio 1861 (Dalloz, 1861, 2, 167).

chiuso. Si domanda se, in questo caso, il compratore abbia azione contro il venditore. Se costui si è obbligato di fornire un passaggio al compratore, non vi è più questione; ma si suppone che il contratto non contenga alcuna clausola a questo proposito. Non vi è più obbligazione tacita risultante dalla divisione del fondo poichè non vi è più divisione; si tratta della vendita di un fondo chiuso. Il compratore non ha alcuna azione nascente dalla vendita. Per conseguenza, vi è chiusura nel senso dell'articolo 682 (1).

87. Si rientra altresì nel caso dell'articolo 682 quando il fondo venduto confina con una via che non è pubblica? La difficoltà si è presentata innanzi alla Corte di cassazione. Nella specie, il proprietario del terreno circondato reclamava il beneficio della servitù legale che gli procurava un passaggio più diretto. Gli si opponeva che egli non poteva domandare un passaggio su i fondi vicini, poichè come compratore aveva diritto a pretendere il passaggio sul fondo del suo venditore. Ciò sarebbe vero, rispondeva il proprietario del fondo chiuso, se questo fondo fosse contiguo ad una via pubblica. Ma una via privata è una servitù; ora, non si può trasmettere una servitù da un fondo ad un altro, nè costituire una servitù sopra una servitù. La Corte di cassazione si è tolta d'impaccio invocando il principio consacrato dalla giurisprudenza, che le vie private si presumono proprietà comune dei proprietari ai cui fondi danno accesso; ora, un proprietario può trasmettere il suo diritto al compratore (2). Noi non ammettiamo questa pretesa presunzione di proprietà (3). A nostro parere, la questione non era dubbia, ed avrebbe dovuto essere ugualmente risoluta anche supponendo che la via di esercizio costituisse una servitù. Infatti, a termini dell'articolo 700, se il fondo dominante viene diviso, la servitù rimane tuttavia dovuta a ciascuna porzione. Le difficoltà che solleva l'applicazione di questa norma di legge non si presentavano nella specie, poichè la servitù di passaggio era evidentemente dovuta a ciascuna parte del fondo dominante e tale rimaneva anche dopo la divisione.

88. Se il compratore può pretendere il passaggio dal suo venditore e non usa di questo diritto poichè un vicino gli permette per tolleranza di passare sul suo fondo, potrà il secondo compratore reclamare il passaggio cui aveva diritto il suo autore? No, si dice, poichè egli ha comprato un fondo chiuso da ogni parte: non ha quindi azione in virtù della vendita, ma solo a ragione della chiusura. La Corte di cassazione si è pronunziata appunto in questo senso (4). Sembra a noi che il com-

---

(1) Sentenza di rigetto del 19 luglio 1843 (Dalloz, alla parola *Servitude*, numero 852).

(2) Sentenza di rigetto del 27 aprile 1868 (Dalloz, 1868, 1, 337).

(3) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 165.

(4) Sentenza di rigetto del 24 aprile 1867 (Dalloz, 1867, 1, 127).

pratore avesse azione contro l'autore del suo venditore Su che è fondata l'azione del compratore tendente ad ottenere un passaggio? Sull'obbligazione di garanzia contratta dal venditore. Ora, in caso di vendite successive, l'ultimo compratore può esercitare l'azione che apparteneva al suo venditore. È quanto noi dimostreremo al titolo della *Vendita*. Se si ammette questo principio, la questione è decisa. Il passaggio è un accessorio del fondo. Se il venditore lo avesse domandato ed ottenuto, è certo che, senza alcuna stipulazione, lo avrebbe trasmesso al compratore; ora, egli aveva un'azione per reclamare il passaggio, e chi ha un'azione è come avesse la cosa istessa. Se il venditore trasmette all'acquirente il passaggio, gli trasmette altresì l'azione diretta ad ottenerlo.

III. — Obbietto del passaggio legale.

89. L'art. 682 prescrive che il proprietario di un fondo intercluso può reclamare un passaggio sui fondi dei suoi vicini per la *coltivazione del suo fondo*. Questa parola *coltivazione* va presa alla lettera, e bisogna conchiuderne che la servitù legale di passaggio non possa essere reclamata che in favore di fondi rustici? La Corte di Pau ha attribuito questo senso ristretto ai termini di cui si vale la legge, ma ha esteso il beneficio della servitù a tutti i fondi d'ogni parte circondati, invocando il criterio dell'analogia (1). Noi accogliamo la decisione, ma ne rigettiamo i motivi. Se realmente la servitù di passaggio fosse limitata ai fondi rustisci, non sarebbe lecito di estenderla analogicamente: non è permesso di ampliare le servitù legali, e sovratutto quelle che derogano al diritto di proprietà. Ma esiste forse la restrizione nel testo? La parola *exploitation* ha un significato generale; si applica indistintamente ad un'officina come ad un fondo rustico. È in questo senso che si esprime l'oratore del governo nella Esposizione dei motivi: « L'interesse generale non permette che vi siano *fondi* posti fuori il *dominio* degli uomini, e colpiti d'*inerzia* o condannati all'incoltura » (2). Perciò la lettera della legge è generale non altrimenti che il suo spirito. La giurisprudenza ha adottata questa interpretazione (3).

90. Si sollevano nuove obbiezioni quando la servitù è reclamata per un fondo industriale. Il passaggio diviene allora molto più oneroso, sia pel gran numero di operai che lo praticano, sia

---

(1) Pau, 14 marzo 1831 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 834).
(2) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 16 (LOCRÉ, t. IV, p 182).
(3) Vedi le sentenze riportate in DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 833, e Parigi, 7 dicembre 1850 (DALLOZ, 1854, 5, 701).

pel continuo transito di carri carichi di gravi pesi. Non importa, dice con ragione la Corte di Bruxelles; se il passaggio è più frequentato, sarà più incomodo, più dannoso pel fondo servente, ma a ciò sarà pure proporzionata l'indennità, poichè l'articolo 682 vuole che essa sia in relazione col danno che la servitù può cagionare (1).

Ebbe a presentarsi tuttavia un'ipotesi singolare sulla quale intervennero opposti giudicati. Il proprietario di un fondo vi apre una cava di pietre; egli domanda, per causa di chiusura, un passaggio da una cava già aperta in un fondo vicino. Fu deciso che non poteva farsi luogo alla servitù legale di passaggio. Questa servitù, dice la Corte di Amiens, non può esercitarsi che sulla superficie dei fondi; quanto agli strati inferiori del suolo, essi sono tutti chiusi da ogni parte; bisognerebbe dunque dire che tutti i fondi sono gravati dalla servitù di passaggio. Tale non è lo scopo dell'articolo 682, che ha voluto assicurare un esercizio che si compie alla superficie del suolo ed una uscita per i prodotti che ne derivano, col mezzo di un passaggio sulla via pubblica (2). Ma con ciò si introducono nella legge distinzioni, egualmente respinte dalla lettera del testo e dal pensiero del legislatore. L'articolo 682 stabilisce una regola generale che si applica ad ogni specie di proprietà fondiaria, ad ogni genere di coltivazione, e quindi tanto ad una cava di pietre, quanto ad ogni altra proprietà, e senza che vi sia a distinguere se è esercitata allo scoperto, o per mezzo di gallerie sotterranee. Ciò decide la questione in favore del proprietario del fondo circondato. Vi è una sentenza in questo senso (3).

91. Quando si tratta di servitù derivanti dal fatto dell' uomo, il proprietario del fondo dominante non può fare, nè nel suo fondo, nè in quello serviente alcun mutamento che aggravi la condizione di questo (art. 702). Siffatta regola non si applica alla servitù legale di passaggio. Il proprietario del fondo intercluso può fare sul suo fondo qualunque innovazione che giudica utile; egli ha diritto di migliorare ed estendere la sua coltivazione, e se per soddisfare questi nuovi bisogni gli occorresse un passaggio più esteso, può sempre reclamarlo in virtù dell'articolo 682. Non si può obbiettargli che egli aggrava la condizione del fondo servente, poichè la servitù legale di passaggio non è limitata dalle necessità esistenti al momento in cui è reclamata per la prima volta; la sua estensione dipende invece dai bisogni variabili del proprietario del fondo circondato. La stessa chiusura che costituisce la ragione d'essere della servitù è pur essa mutabile. Vi è chiusura non solamente quando un fondo non ha alcuna uscita, ma altresì quando questa sia in-

(1) Bruxelles, 22 marzo 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 350).
(2) Amiens, 2 febbraio 1854 (Dalloz, 1854, 2, 232).
(3) Chambery, 10 gennaio 1863. (Dalloz, 1863, 2, 175).

sufficiente: or, quando può dirsi che l'uscita non è bastevole? Anche questo dunque è un elemento variabile. Vi sarà quindi chiusura nel senso legale della parola, quando il proprietario di un fondo circondato non ha un passaggio corrispondente ai bisogni dell'esercizio di questo; e dal momento che vi è chiusura, il proprietario del fondo intercluso può reclamare un passaggio.

La giurisprudenza ha accolto questa soluzione. Tuttavia è stata proposta una restrizione a questa dottrina. Se il proprietario di un terreno intercluso, ma privo di costruzioni, vi elevasse un edificio, vi creasse uno stabilimento industriale, egli non potrebbe, si dice, reclamare un passaggio più esteso di quello cui aveva diritto secondo la natura del suo fondo. A sostegno di questa distinzione, si afferma che edificando sopra un fondo non lo si esercita, sibbene lo si trasforma in un immobile di altra natura; ora, nessuno può col fatto proprio crearsi un diritto ad un passaggio più esteso di quello che gli competeva secondo la natura originaria del suo fondo (1). La giurisprudenza respinge questa distinzione; e noi pure la crediamo in opposizione con lo spirito ed anche col testo della legge. Qual'è l'oggetto della servitù legale di passaggio? L'articolo 682 dice che il proprietario del fondo circondato può reclamarla per l'esercizio del suo fondo. Ciò implica, dice la Corte di cassazione, che il passaggio debba essere sufficiente pel servizio del fondo ed appropriato a tutti i suoi bisogni. Questi bisogni sono forse sempre uguali? Non si può certo affermarlo. La servitù, continua la Corte, è suscettiva di modificazioni se il fondo muta natura o riceve legittimamente una nuova destinazione che le renda necessarie (2). Quando può dirsi che il fondo riceve legittimamente una nuova destinazione? Qualunque proprietario è libero di usare della sua cosa nel modo che meglio crede; nulla dunque è più legittimo che costruire sopra un terreno o crearvi uno stabilimento industriale. I bisogni del fondo circondato aumenteranno; per meglio dire, vi sarà una nuova chiusura, e quindi si renderà necessario un passaggio nuovo od almeno più esteso. Invano si dirà che lo stesso proprietario ha creata l'interclusione. Rispondiamo che non solo egli ha il diritto, ma benanco il dovere di farlo, poichè ogni buon padre di famiglia deve migliorare la sua proprietà. Lo scopo della legge è precisamente quello di favorire queste iniziative. Quando il proprietario estende un modo di coltivazione, si è d'accordo che abbia diritto ad una servitù proporzionata ai nuovi bisogni, quantunque egli stesso sia l'autore delle nuove necessità, e, in questo senso, dell'interchiusura. Egli potrà quindi altresì reclamare un passaggio per un edificio

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 28 e nota 14.

(2) Sentenza di rigetto dell'8 giugno 1836 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, numero 835, 2.°).

o per un'officina che costruisca. Il legislatore, dice la Corte di Agen, ha voluto che il proprietario ricavasse dal suo fondo tutta l'utilità, che questo può offrirgli; mentre che nell'opinione da noi combattuta il fondo sarebbe condannato ad una eterna immobilità, il fondo dominante sarebbe in qualche modo assoggettato a profitto del fondo servente. È forse questo lo spirito della legge? (1). Ricusare in questo caso, dice la Corte di Caen, il passaggio necessario, sarebbe mantenere il fondo circondato in uno stato d'inferiorità riguardo agli altri ed ostacolarne il miglioramento; il che sarebbe contrario non solo all'interesse del proprietario che la legge ha avuto per iscopo di proteggere, ma ancora all'interesse generale, il quale vuole che ciascuno possa ricavare dalla sua proprietà il prodotto che questa può procurargli (2). La Corte di Poitiers ha benissimo concluso da ciò che per constatare la chiusura e per determinare qual passaggio bisogna concedere, il giudice deve ricorrere non ad una inchiesta, ma ad una perizia. L'inchiesta gli apprenderebbe come la servitù è stata esercitata, avuto riguardo ai bisogni del fondo ed alla destinazione che aveva per lo passato; mentre i periti ne faranno invece conoscere lo stato attuale, la nuova destinazione, i nuovi bisogni (3). S'intende da sè, che se il proprietario del fondo interchiuso domanda un nuovo passaggio, dovrà pagare una nuova indennità.

IV. — Su quali fondi può reclamarsi il passaggio.

92. L'articolo 682 dice che il proprietario del fondo intercluso può reclamare un passaggio sui *fondi dei suoi vicini*. La legge non distingue, come lo fa per la servitù d'irrigazione, se i fondi sono aperti o no, se sono case, parchi o giardini (4). Vi è una ragione di questa differenza. Nel caso di chiusura, il passaggio trova fondamento nella necessità, ed innanzi alla necessità debbono cedere tutte le convenienze dei vicini. Non si deve neppure aver riguardo alla natura giuridica dei fondi sui quali la servitù è stabilita. Vi sono immobili che la legge dichiara inalienabili e che per conseguenza non possono essere gravati dalla servitù legale di passaggio perchè l'interesse pubblico prevale qui sull'interesse privato. Il principio dell'inalienabilità del fondo dotale ha tuttavia una conseguenza notevole: cioè che il marito non ha veste per riconoscere l'esistenza della servitù. Egli è solamente amministratore dei beni dotali, ed usufruttuario; come tale non ha

(1) Agen, 18 giugno 1823 e Bordeaux, 18 giugno 1840 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 835, 3° e 5.°)
(2) Caen, 16 aprile 1859 (DALLOZ, 1859, 2, 199).
(3) Poitiers, 19 marzo 1861 (DALLOZ, 1863, 2, 200).
(4) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 403.

qualità per gravare d'un diritto reale gli immobili conferiti in dote, ancorchè non fossero inalienabili; l'inalienabilità essendo una garanzia per la moglie, è una ragione di più per escludere qualunque atto del marito riguardo alla proprietà dei suoi beni. Noi crediamo che il regolamento della servitù dovrebbe farsi giudizialmente, come giudizialmente si fa l'alienazione, quando è permessa (art. 1558); poichè la costituzione di una servitù è una alienazione parziale. Poco importa che sia stabilita dalla legge: occorre pur sempre di regolarne l'esercizio; ed a ciò è necessario il concorso della moglie proprietaria e del marito usufruttuario. Quanto al giudice, egli deve intervenire per impedire che sia elusa la garanzia dell'inalienabilità. Donde segue che qualunque riconoscimento emanato dal solo marito è inefficace (1).

Il demanio dello Stato non è affrancato da questa servitù. Esso non può alienarsi, è vero, senza legge; ma è appunto la legge che stabilisce il passaggio legale. E' stato deciso che le foreste demaniali sono gravate dalla servitù dell'art. 682 (2). Ciò non può presentare alcun dubbio. Si fa eccezione pei beni che formano parte del demanio pubblico (3). Ciò, a nostro avviso, è troppo assoluto. Se il demanio pubblico è posto fuori di commercio, gli è perchè si trova affetto ad una destinazione la quale è incompatibile coll'esercizio dei diritti reali da parte dei privati. Finchè questa incompatibilità non esiste, nulla impedisce che i beni del demanio pubblico vengano gravati da una servitù. Il proprietario i cui beni sono circondati in conseguenza della costruzione d'una ferrovia, può stipulare un passaggio su di questa, quantunque faccia parte del demanio pubblico e la circolazione vi sia interdetta. Se può esservi un passaggio convenzionale, a più forte ragione vi sarà passaggio legale, salvo a regolare l'esercizio della servitù in modo da non compromettere il pubblico servizio.

93. Gli art. 683 e 684 regolano l'esercizio del passaggio legale; essi sono così concepiti: « Il passaggio deve di regola stabilirsi in quella parte per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve. Ciò nondimeno il passaggio dev'essere stabilito in quella parte ove riesca di minor danno al fondo su cui viene concesso ». Queste disposizioni sono attinte all'antico diritto, ma la tradizione dà luogo ad una lieve difficoltà. Quando il passaggio non può essere preso che

---

(1) Sentenza di cassazione del 17 giugno 1863 (Dalloz, 1864, 1, 140). Confronta sentenza di rigetto del 20 gennaio 1847 (Dalloz, 1847, 1, 110). Aubry e Rau, t. III, p. 28 e note 16 e 17.

(2) Angers, 20 maggio 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 858). Caen, 1.° dicembre 1845 (Dalloz, 1848, 1, 5). Anche al tempo in cui può impedirsi l'accesso al bosco (Liegi, 5 febbraio 1839, *Pasicrisie*, 1839, 2, 24).

(3) Aubry e Rau, tomo III, p. 28. Confronta il tomo VII dei miei *Principii*, numero 130.

sopra un solo fondo, non vi è alcun dubbio: i tribunali decideranno conciliando i diversi interessi (1). Se il passaggio può esser stabilito su più fondi appartenenti a proprietari diversi, su quale dovrà farsi gravare la servitù? Bourjon risponde: « La contestazione tra questi vicini per conoscere chi fornirà il passaggio si determina con la *minore estensione ;* è questa estensione che deve servire di *regola ;* essa è conveniente per gli interessati, è conforme anche al bene pubblico poichè risparmia il terreno. Tale era la giurisprudenza dello Châtelet ». « Donde segue, continua Bourjon, che il passaggio *deve* stabilirsi in quella parte per la quale è meno lungo il tragitto dal fondo interchiuso alla via pubblica. Oltre di ciò, il passaggio deve limitarsi a quella porzione in cui riesca meno incomodo a colui che lo concede » (2). Sembra che il codice abbia consacrata questa dottrina tradizionale; ne risulterebbe che il passaggio deve essere preso sul fondo pel quale il transito è più breve, e che la questione relativa al passaggio che rechi danno minore non può essere agitata tra vicini, riguardando essa soltanto il proprietario sul fondo del quale, come più prossimo alla via pubblica, la servitù sarà costituita. Noi crediamo, infatti, che in generale si procederà così, poichè, come dice Bourjon, ciò conviene a tutti gli interessati. Ma non è questa una regola assoluta, il testo medesimo del codice lo dice; l'articolo 683 non prescrive che il passaggio venga *sempre* stabilito attraverso il fondo più prossimo alla via pubblica, esso dice che ciò deve farsi *di regola,* il che implica che possono esservi eccezioni. Infatti, l'interesse di tutte le parti, che ha dettata la regola, può pur richiedere che venga ammessa una eccezione. Il fondo più prossimo è un'abitazione e più in là vi è un terreno nudo: si accorderà il passaggio attraverso la casa, il giardino, il parco, piuttosto che sopra un terreno di poco valore? Niuno vi guadagnerebbe certo: bisogna dunque applicare il principio di equità stabilito dall'art. 684, tanto in riguardo a più fondi come alle diverse parti d'un solo e medesimo fondo. Lo spirito della legge vuole così, e il testo lo permette. La dottrina (3) e la giurisprudenza (4) sono in questo senso.

94. Se il passaggio viene esercitato attraverso un determinato fondo, potrà il proprietario di questo pretendere che il

---

(1) Bruxelles, 19 novembre 1823 (*Pasicrisie,* 1823, p. 534) e 5 luglio 1814 (*Pasicrisie,* 1814, p. 132).

(2) BOURJON, *Droit commun de la France,* libro IV, t. I, p. II, cap. I, n. 1-3, (t. II. p. 9).

(3) DUCAURROY. BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 220, n. 324. DEMOLOMBE, t. XII, p. 98, n. 618. DURANTON, t. V, p. 466, n. 423.

(4) Vedi le sentenze riportate in DALLOZ, alla parola *Servitude,* n. 824), sentenza di rigetto del 29 dicembre 1847 (DALLOZ, 1848, 1, 204) e Bourges, 9 marzo 1858 (DALLOZ, 1859, 2, 38).

luogo della servitù sia spostato? Che egli possa domandare la modificazione della servitù sovra i suoi fondi, non presenta alcun dubbio: è questo il diritto comune (art. 701). Potrà altresì richiedere che la servitù sia trasportata sul fondo di un vicino? La giurisprudenza sembra essersi pronunziata in senso contrario. La Corte di Tolosa si è fondata sul possesso immemorabile per rigettare la domanda del proprietario del fondo serviente, ma ha avuto cura di aggiungere e dimostrare che anche quando non vi fosse stato possesso, il passaggio sarebbe stato stabilito per il fondo che da un tempo immemorabile era gravato dalla servitù. Il che implica che la decisione avrebbe potuto essere contraria, supponendo nel caso che il reclamante avesse avuto interesse allo spostamento del passaggio (1). Noi abbiamo assodato che la servitù di cui parliamo è variabile in quanto concerne il fondo dominante. Vi è altresì un altro elemento variabile riguardo al fondo servente. Al momento in cui comincia, la servitù è stabilita sopra un determinato fondo come meno gravosa pel proprietario, ma ben può renderglisi di maggior danno in seguito. Egli ha diritto di mutare la sua coltivazione, al pari del proprietario del fondo dominante; se costruisce, se crea uno stabilimento industriale, la servitù sarà singolarmente aggravata: è giusto quindi che sia spostata, quando è provato che non sarebbe stata costituita su quel medesimo fondo se fin da principio si fosse trovato in questa condizione.

V. — Dell'indennità.

95. A termini dell'articolo 682, il proprietario che reclama un passaggio per ciò che il suo fondo sia circondato da fondi altrui, deve pagare un'indennità proporzionata al danno che cagiona. La legge suppone che si tratti di passaggio forzato. Se il passaggio fosse reclamato da un condividente o da un compratore non sarebbe dovuta indennità, almeno in regola generale. Infatti, il passaggio è stabilito in questo caso in virtù d'una convenzione, espressa o tacita, la quale obbliga i condividenti o il venditore a fornire un'uscita sulla via pubblica al fondo circondato; questo essendo stato venduto o diviso come tale, sarà stato stimato facendo calcolo dell'uscita che gli sarebbe stata accordata: l'equità, d'accordo col diritto, richiedono dunque che il passaggio sia accordato senza indennità. Vi sarebbe eccezione se l'atto di divisione o di vendita dicesse che il fondo circondato non avrebbe diritto ad una servitù di passaggio; si deve supporre che, in questo caso, il proprietario del fondo circondato si sarà procurato un passaggio pei

(1) Tolosa, 20 maggio 1818 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 829, 1.

fondi vicini ed in conseguenza il fondo sarà stato stimato tanto di meno; il proprietario del fondo circondato sarà dunque indennizzato anticipatamente, salvo a pagare un'indennità al proprietario del fondo pel quale ha stipulato un'uscita (1). Questi principii non si applicano al venditore, il quale, trovandosi intercluso in conseguenza della vendita, reclami un passaggio contro il compratore; costui non è tenuto a fornire un passaggio in virtù del contratto; se pertanto lo accorda, ha diritto ad una indennità, salvo che, per le particolari circostanze della causa o in considerazione del prezzo stipulato, il giudice non ammetta una convenzione tacita che riservi al venditore un passaggio attraverso il fondo venduto (2).

96. L'indennità di cui si ragiona dovrà essere pagata dal proprietario del fondo interchiuso, preventivamente? Secondo il testo dell'articolo 682, è certo che l'indennità non dev'essere preventiva. Vi è di più. Il codice suppone che questa non debba pagarsi prima della regolare costituzione della servitù. Infatti, l'articolo 685 conferisce al proprietario del fondo servente un'azione d'indennità; quest'azione può essere prescritta, il che non impedirà, dice la legge, che il passaggio non debba essere continuato. Si obbietta l'articolo 545, a termini del quale nessuno può essere astretto a cedere la sua proprietà, se non per causa di utilità pubblica e mediante una giusta e *preventiva* indennità, e se ne conclude che l'indennità debba sempre essere preventiva (3). La ragione non è valida. L'articolo 545 prevede il caso di espropriazione; ora, nel sistema del codice civile, la costituzione d'una servitù non è una espropriazione; bisogna dunque escludere l'articolo 545 e per conseguenza l'articolo 11 della Costituzione belga. Non vi è luogo ad indennità in materia di servitù che allorquando la legge lo dice espressamente; e questa ha altresì cura di avvertire quando vuole che sia preventiva. Così accade per la servitù d'irrigazione stabilita dalla legge del 27 aprile 1848 (art. 1.°). Si potrebbe dire che, secondo lo spirito della nostra costituzione, qualunque indennità debba essere preventiva, poichè ciò è richiesto dal rispetto della proprietà. È vero; ma si hanno pure dei casi in cui l'indennità non può essere preventiva. Ne abbiamo veduto un esempio in materia di servitù d'irrigazione (4). L'indennità per causa di chiusura è proporzionata al danno che risulta dal passaggio; e il danno può variare secondo la

(1) DURANTON, t. V, p. 463, n. 421. DEMANTE, t. II, p. 631, n. 537 *bis* I. DEMOLOMBE, t. II, p. 86, n. 604.

(2) Confronta sentenza di Caen del 26 maggio 1824 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 851, 1.°).

(3) DEMOLOMBE, t. XII, p. 111, n. 631, secondo FAVARD e DURANTON. In senso contrario, DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 862.

(4) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 394.

coltura e il modo di esercizio ; l'indennità può dunque variare da un anno all'altro, il che esclude il pagamento preventivo.

97. Vi è un'altra considerazione che attiene all'essenza medesima della servitù legale di passaggio. Essa non è stabilita nè per convenzione nè per sentenza, ma esiste in virtù della legge, si può dire in virtù della necessità; non vi è che una cosa a regolare per convenzione o per sentenza, cioè l'esercizio della servitù e l'ammontare dell'indennità. Donde segue che la servitù preesiste all'indennità, e perciò l'indennità non deve essere preventiva. In applicazione di questi principii, è stato deciso che, esistendo il diritto di passaggio in virtù della legge, non troverebbe applicazione la disposizione del codice penale la quale punisce il passaggio sul terreno altrui coltivato o seminato; poichè la contravvenzione non può coesistere col diritto a passare pel fondo (1).

Se non vi è luogo ad un'azione penale, potrebbe però esperirsi un'azione di danni? Ciò dipende dalle circostanze. Se il passaggio venne esercitato sul fondo assegnato in seguito al suo esercizio, non è dovuto alcun risarcimento, poichè il passaggio ebbe vita legale fin dal principio; soltanto se l'indennità fosse stabilita annualmente, essa decorrerebbe dal momento in cui il proprietario del fondo circondato ha incominciato a praticare il passaggio. Ma se la servitù fosse stabilita sopra un diverso fondo, il danno sussisterebbe realmente e ne scerebbe per conseguenza l'obbligo di ripararlo.

98. Su quali basi si calcola l'indennità? L'art. 682 vuole che sia proporzionata al danno che il proprietario del fondo circondato cagiona al fondo per cui passa. Essa consiste dunque in una riparazione del danno cagionato. Il giudice può fissare una somma capitale, che rappresenti la diminuzione di valore che soffre il fondo servente per la costituzione della servitù sarà questo il prezzo della vendita forzata che il vicino deve consentire. Il giudice può altresì sentenziare che il proprietario del fondo circondato pagherà un annuo canone a titolo d'indennità. La Corte di cassazione ha deciso in tal modo osservando che la legge non impone al giudice l'obbligo di stabilire un capitale invariabile e pagabile in una sol volta: che lasciando al suo potere discrezionale la cura di fissare l'indennità, gli accorda la facoltà di convertirla in una somma da pagarsi ciascun anno, in proporzione del pregiudizio che il passaggio può cagionare (2). Si è rimproverato alla Corte di aver dimenticato l'art. 545 il quale, prescrivendo un'indennità preventiva, vuole

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 25 aprile 1846 (DALLOZ, 1846, 4, 149) e del 16 settembre 1853 (DALLOZ, 1853, 5, 151). Sentenze conformi della Corte di cassazione del Belgio del 17 e 31 ottobre 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 1, 316 e 319).

(2) Sentenza di rigetto del 25 novembre 1845 (DALLOZ, 1846, 1, 325).

con ciò anche che consista in un capitale pagabile una volta tanto (1). Se si trattasse di una espropriazione, la critica sarebbe fondata; ma, come abbiamo detto, la costituzione di una servitù non priva della sua cosa il proprietario del fondo servente. L'art. 545 non è dunque applicabile. L'indennità può essere anche variabile; la sentenza della Corte di cassazione lo suppone, e nulla di più naturale, potendo il danno mutare secondo la cultura. In questo senso, una indennità pagabile per annualità e variabile risponde meglio allo spirito della legge di quello che non farebbe un compenso capitalizzato.

La stessa sentenza ha giudicato che se vi sono dei proprietari di fondi interchiusi ai quali è stato concesso un solo e medesimo passaggio, ciò non impedisce che l'indennità si divida fra di loro. Su di che non può cader dubbio: l'indennità è di sua natura divisibile, e quindi, ove sianvi più debitori si divide fra loro nella proporzione regolata dal magistrato, e che dipende dal danno che ciascuno di essi cagiona passando sul fondo soggetto. Se le proprietà dominanti sono divise, vi saranno altrettante servitù quanti sono i fondi; e quindi altrettante diverse indennità.

Può darsi che l'indennità sia reciproca; ciò avviene quando i diversi fondi sono nel tempo stesso dominanti e servienti. La Corte di Metz ha deciso che non vi è luogo ad indennità quando i proprietari di praterie circondate da ogni parte hanno l'uso di accordarsi un passaggio reciproco per la coltivazione dei loro fondi. Ciò equivale a disconoscere la disposizione formale dell'art. 682. Se l'indennità è reclamata, il tribunale deve aggiudicarla, salvo che non vi sia prescrizione. La sentenza è stata giustamente cassata (2).

N. 2. — Della prescrizione in materia di passaggio.

99. L'art. 685 prescrive: « L'azione per indennità nel caso preveduto dall'art. 682, è soggetta a prescrizione; e sussiste il diritto di continuare il passaggio, quantunque l'azione per indennità non sia più ammissibile ». Questa disposizione ha dato luogo a numerosi litigi, il che fa supporre grandi difficoltà. Stando al testo ed allo spirito della legge, le difficoltà svaniscono; bisogna confessarlo, è la giurisprudenza che le ha create. Il linguaggio delle sentenze è così inesatto, che la improprietà delle espressioni reagisce sui principii stessi e in conclusione tutto diviene incerto. Bisogna vedere anzitutto qual sia l'obbietto della prescrizione. L'art. 685 parla soltanto di prescrizione della

(1) Demolombe, t. XII, p. 111, n. 632.
(2) Sentenza di Cassazione del 30 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 281).

azione d'indennità; non vi è fatto alcun cenno della prescrizione della servitù di passaggio, e, secondo i principii che regolano questo istituto, non può farsi questione nè di acquistare il diritto di passaggio con la prescrizione acquisitiva, nè di perderlo con la prescrizione estintiva.

La prescrizione acquisitiva ha luogo quando una servitù continua ed apparente viene esercitata durante trent'anni (art. 690); le servitù discontinue non possono costituirsi che mediante titolo (art. 691). Ora, la servitù di passaggio è discontinua (art. 688), e non potrà quindi essere acquistata colla prescrizione. L'articolo 682 deroga forse a questi principii elementari? Permette al proprietario del fondo circondato di prescrivere il passaggio sui fondi vicini? Non vi si accenna neppure alla prescrizione del diritto di passaggio. La legge dice che il proprietario del fondo interchiuso può *reclamare* un passaggio sui fondi dei suoi vicini. Noi abbiamo detto che l'espressione *reclamare* non è esatta, nel senso che il proprietario del fondo circondato non ha bisogno di agire in giudizio per ottenere il passaggio, questo essendo già stabilito in virtù della legge medesima. Avremo occasione di ritornare su questo punto, che è di poca importanza per ciò che riguarda la prescrizione acquisitiva; è certo che il proprietario del fondo interchiuso supponendo che debba *reclamare*, non si fonda sulla prescrizione, ma sul fatto di essere circondato: ecco il suo titolo. Per meglio dire, il suo titolo è nella legge, che gli permette di reclamare un passaggio sol perchè non ha alcuna uscita sulla via pubblica. Bisogna dunque escludere qualunque idea di prescrizione e di possesso. Al momento in cui il proprietario del fondo circondato reclama un passaggio, non lo possiede; come dunque potrebbe invocare la prescrizione? Che se, in luogo di *reclamare*, esercita il passaggio e lo fa per trent'anni, si potrà dire ch'egli ha acquistata la servitù di passaggio mediante la prescrizione? Ma egli vi aveva diritto dal primo giorno in cui ne ha iniziato l'esercizio, così come dopo i trent'anni. Si acquista forse con la prescrizone un diritto che si possiede già al momento in cui si esercita per la prima volta?

Tuttavia chi si attenesse al linguaggio delle sentenze, anche di quelle della Corte di cassazione, potrebbe credere che il passaggio in caso di chiusura è capace di prescrizione. Si legge in un giudicato della Corte suprema che la servitù di passaggio necessario, quantunque discontinua, s'acquista col possesso (1). Un'altra sentenza spiega come questa servitù si prescriva, pur essendo discontinua: per questo, cioè, che il principio dell'articolo 591 non si applica alla servitù legale di passaggio, giacchè quivi la necessità tien luogo di titolo (2). Bisognava dire che

(1) Sentenza di Cassazione del 10 luglio 1821 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 886).
(2) Sentenza di Cassazione del 16 febbraio 1835 (Dalloz, *ibid.*, p. 237).

la legge tien luogo di titolo, poichè è duopo che la necessità sia riconosciuta dalla legge onde conferisca un diritto. Ma sia la legge o sia la necessità è certo sempre che non è la prescrizione, poichè ove vi è il titolo, non si può più far questione di prescrizione. Una sentenza posteriore dice ancora che l'esercizio del passaggio per trent'anni fa *acquistare* la servitù stessa di passaggio. Essa soggiunge però, e qui è nel vero: « in conformità al modo d'esercizio che le è stata data da questo lungo possesso » (1). L'espressione manca tuttavia d'esattezza. Non è mai la *servitù* che vien acquistata col possesso trentennale; il possesso non fa che determinare il modo di esercitarla; inoltre, a nostro parere (n. 94), nulla vi è d'irrevocabile in questo esercizio, di guisa che non vi sarà mai una vera prescrizione, neppure in quanto concerne l'esercizio del passaggio. Noi siamo convinti che il pensiero della Corte è perfettamente esatto; poichè non vi è realmente alcun dubbio, non vi è nemmeno questione su ciò. Ma, in diritto, importa che la precisione del linguaggio armonizzi colla espressione del pensiero. È per questo motivo che noi ci fermiamo sovra un punto che per sè stesso non merita questi lunghi sviluppi.

I veri principii sono stati esposti innanzi alla Corte di cassazione dal consigliere Mesnard, il quale lo ha fatto con la sua abituale chiarezza. Nella specie, il proprietario del fondo circondato aveva cessato da dieci anni d'esercitare il suo diritto, ed aveva poscia ripreso il suo godimento. Il ricorrente in cassazione sosteneva che in ciò doveva vedersi una interruzione della prescrizione. Perchè possa parlarsi d'interrompere la prescrizione, dice il relatore, occorre anzitutto che vi sia la possibilità di prescrivere. Ora, quando un proprietario si trova interchiuso, il diritto di passaggio non risulta dalla prescrizione, ma dal fatto della chiusura; per meglio dire, la servitù è costituita dalla legge; il possesso non può avere altro effetto che di determinare la posizione della servitù, vale a dire il luogo del passaggio, e di condurre alla prescrizione dell'indennità. In nessun caso può acquistarsi colla prescrizione la servitù, ma soltanto il diritto di passare per un determinato punto del fondo serviente e di passarvi gratuitamente; la prescrizione fa presumere che il transito sia stato stabilito di comune accordo, e che l'indennità del passaggio sia stata corrisposta (2). Questa è pure la dottrina professata da tutti gli autori (3).

---

(1) Sentenza di rigetto del 19 gennaio 1848 (DALLOZ, 1848, I, 5). Confronta sentenze di Lyon del 1.° febbraio 1826 (DALLOZ alla parola *Servitude*, n. 886), d'Orléans del 22 luglio 1835, di Poitiers del 28 giugno 1825 (DALLOZ, *ibid.*, n. 884, 1.° e 2°), di Liegi del 29 marzo 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 15), di Gand del 26 gennaio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 67).

(2) Relazione del consigliere Mesnard sulla sentenza del 29 dicembre 1847 (DALLOZ, 1848, I, 205).

(3) MARCADÉ, t. II, p. 601, art. 682, n. II. DEMOLOMBE, t. XII, p. 101, n. 624. AUBRY e RAU, t. III, p. 31, e nota 29.

100. In materia di passaggio, potrà farsi luogo alla prescrizione estintiva? Secondo l'articolo 685, l'azione d'indennità si prescrive, ma nessun testo parla della prescrizione del diritto di passaggio. Una cosa è certa, cioè che il diritto di reclamare il passaggio è imprescrittibile. Tutti sono d'accordo su questo punto. La massima è fondata sul principio che i diritti di pura facoltà non si prescrivono (1), principio certamente vero, ma molto oscuro, il quale nella nostra stessa materia, dà luogo a gravi difficoltà. Vi è un'altro principio, di evidenza incontestabile, quello, cioè, che non può prescriversi contro l'interesse pubblico, poichè la prescrizione suppone interessi privati cui si può rinunciare, e dei quali si ha la piena disposizione, mentre non si rinuncia a ciò che è d'interesse sociale non potendosene disporre. Ora il passaggio in caso di chiusura, è stabilito per considerazioni d'interesse generale, e quindi non ammette alcuna prescrizione; qualunque sia il decorso del tempo durante il quale si sia rimasti circondati senza reclamare il passaggio, lo si può sempre esercitare, poichè con questa lunga inazione il proprietario del fondo interchiuso non ha potuto rinunciare ad un diritto stabilito tanto nell'interesse della società quanto nel suo proprio.

Sarebbe lo stesso se il proprietario del fondo circondato avesse reclamato il passaggio, lo avesse esercitato, e fosse rimasto in seguito per trent'anni senza praticarlo. È questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Duranton (2) che invoca gli articoli 706 e 707. Il primo dice che la servitù si estingue col non uso durante trent'anni, e il secondo aggiunge che i trent'anni cominciano a decorrere dal giorno in cui si è cessato di goderne quando si tratta di servitù discontinue. Queste disposizioni sembrano formali, poichè concepite in termini generali ed assoluti. Per escluderle, si dice che si tratta di un diritto di pura facoltà; ma non ha forse ragione Duranton di rispondere che l'esercizio di tutte le servitù discontinue è un atto di mera facoltà, poichè queste, per essere esercitate, richieggono l'opera dell'uomo ed il fare od il non fare sono in balìa del proprietario? Se così fosse, nessuna servitù discontinua si estinguerebbe con la prescrizione! Un'altra risposta può darsi all'obiezione di Duranton, ed è perentoria. Il non uso implica la rinuncia; ora, il proprietario del fondo circondato non può rinunciare ad un diritto che non è stabilito in suo favore. Duranton confessa che egli può reclamare un passaggio finchè sussiste il fatto dell'interchiusura, ma sostiene che dopo trent'anni il proprietario del fondo circondato debba pagare una nuova indennità. Ciò è contrario ad ogni principio. La servitù non è estinta dopo trent'anni

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 30.
(2) DURANTON, t. V, p. 475, n. 436. In senso contrario, PARDESSUS, t. I, p. 503, n. 225; MARCADÉ, t. II, p. 601, art. 682, n. II.

di non uso, e quindi il fondo serviente non ha mai cessato di essere soggetto al passaggio; esso è smembrato in virtù della legge, e il proprietario ha ricevuto per questo assoggettamento un'indennità che lo disinteressa per sempre: sarebbe contrario all'equità ed al buon senso che egli venisse a reclamare una nuova indennità, allorchè per trent'anni non ha sofferto alcun danno, quantunque abbia continuato a godere della indennità già riscossa. Diversa è la questione di sapere se il modo di esercizio può perdersi con la prescrizione, siccome può acquistarsi con un possesso trentennale. Noi la vedremo or ora.

N. 1. — Effetti della prescrizione quanto al modo di esercizio della servitù.

101. La servitù di passaggio, in caso di chiusura, è stabilita dalla legge; ma la legge non ha potuto determinare su quali fondi, nè su qual punto del fondo serviente essa debba esercitarsi. Il codice, a questo proposito, si limita ad esporre regole generali negli articoli 683 e 684. Spetta alle parti interessate regolare l'esercizio del passaggio; se esse non si accordano, il giudice statuirà. Se non vi è convenzione nè sentenza, il possesso trentennale terrà luogo di regolamento? La dottrina e la giurisprudenza decidono unanimi che la prescrizione ha l'effetto di determinare in modo irrevocabile il luogo del passaggio, nel senso che il proprietario del fondo su cui il passaggio è stato esercitato a titolo di servitù legale, non può domandare che sia preso sul fondo del suo vicino, nè sopra altro punto del suo proprio fondo; e che, da sua parte, il proprietario del fondo circondato non può pretendere neppure alcun mutamento in proposito. In favore di questa opinione si invocano i principii che regolano la prescrizione. Essa tien luogo di convenzione: o vi fu un contratto che diviene impossibile di provare dopo un sì lungo decorso di tempo, o la volontà del proprietario che esercita il passaggio ed il consenso tacito di colui che lo soffre equivalgono ad un titolo. Le parti interessate avrebbero potuto determinare il fondo e la parte del fondo per cui si eserciterà il passaggio; ebbene, ciò che ha potuto fare la convenzione, lo farà la prescrizione. Non si obbietti che il passaggio è una servitù discontinua, e che una simile servitù non può costituirsi per prescrizione; non si tratta di costituirla, perchè essa è già costituita dalla legge, si tratta unicamente di regolarne l'esercizio. D'altronde la legge, consacrando il passaggio in caso di chiusura, deroga al principio che nega la prescrizione delle servitù discontinue; essa tien luogo di titolo, quindi deve ammettere il possesso per interpretare il titolo o completarlo.

102. Questa dottrina ci sembra assai dubbia. Essa è, per lo meno, troppo assoluta. Vi è un caso in cui il proprietario del fondo serviente può domandare lo spostamento della servitù. Se, dice l'articolo 701, l'originario esercizio fosse divenuto più gra-

voso al proprietario del fondo serviente, o se gli impedisse di farvi lavori, riparazioni, o miglioramenti, egli può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo egualmente comodo per l'esercizio dei suoi diritti e questi non può ricusarlo. Siffatta disposizione prevede specialmente il caso in cui la servitù è costituita per titolo, vale a dire per la volontà dell'uomo. A maggior ragione essa troverà applicazione quando la servitù è stabilita dalla legge, contro la volontà dei proprietario del fondo serviente, il quale si trova sottoposto ad un carico oneroso senza il concorso della sua volontà. È ben vero che egli consente, espressamente o tacitamente, a che il passaggio sia esercitato per quella determinata parte del suo fondo; ma questo consenso che è pure forzato, essendo necessaria conseguenza della servitù legale, non può avere maggiore effetto di un consenso puramente volontario. Ecco una prima restrizione all'opinione generalmente ricevuta (1).

Ma ciò non è tutto. Abbiamo detto che la destinazione di un fondo per l'esercizio della servitù nulla ha d'irrevocabile. Il principio fondamentale in questa materia è che il passaggio per causa di chiusura si faccia per quello tra i fondi vicini cui è meno nocivo. Ora, la condizione dei fondi può mutare. Suppongasi: il fondo per cui il transito sarebbe più breve era un fabbricato: la servitù, per conseguenza, venne imposta ad un fondo non fabbricato, per cui il transito è più lungo. Se questo stato di cose cambia, se l'edificio vien demolito, e se il proprietario del fondo attraverso il quale il passaggio si esercita vuol costruire, perchè non potrebbe domandare il cambiamento del luogo d'esercizio della servitù? Questo è certamente lo spirito dell'art. 601, ed è a tale stregua che deve essere interpretata la servitù di passaggio. Essa grava tutti i fondi vicini, ed è sempre il fondo cui riesce meno nociva che deve sopportarla. Se questi mutamenti nella servitù di passaggio possono farsi quando l'esercizio della servitù è stato regolato per convenzione, bisogna ammettere a maggior ragione che vi si possa far luogo quando il modo con cui la servitù sarà esercitata è stabilito dalla prescrizione; poichè la prescrizione non è mai altro che un consenso presunto, e questo non può essere irrevocabile più che nol sia un consenso espresso.

Noi andiamo ancora più in là. A parer nostro, non può esservi prescrizione in questa materia. La servitù di passaggio è stabilita dalla legge per ragioni d'interesse pubblico. È la legge istessa che ne regola il modo dell'esercizio, e lo fa con riguardo

---

(1) Vedi gli autori e le sentenze citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 31, nota 31. Bisogna aggiungere Liegi, 30 aprile 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 127) e 19 marzo 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 15); Gand, 18 febbraio 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 175), 26 novembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 198); Bruxelles, 27 dicembre 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 2, 272); Orléans, 18 giugno 1868 (DALLOZ, 1868, 2, 67).

tanto all'interesse generale quanto a quello delle parti. Perciò essa vuole che il passaggio sia preso nel luogo in cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve, ed in quella parte in cui riesca meno nocivo. Risulta da ciò che, nell'interesse pubblico, questa servitù è essenzialmente variabile. Una sentenza della Corte di Lione decide che in ciascun anno il proprietario del fondo serviente può assegnare al proprietario del fondo dominante il passaggio ora da un lato, ora dall'altro, nella parte in cui è meno dannoso ai suoi raccolti (1). Ecco il vero spirito della legge. Di che il proprietario del terreno circondato si dorrebbe? Egli ha diritto al passaggio; gli vien fornito nelle condizioni volute dalla legge. Potendo queste modificarsi, anche la servitù dovrà variare nella sua posizione. Ciò che è vero per un fondo, è vero per tutti i fondi vicini, poichè tutti sono tenuti a fornire un passaggio, tutti sono gravati da questa servitù, e se il passaggio si esercita preferibilmente sopra uno solo, non è già perchè questo soltanto sia serviente, ma bensì perchè, secondo la diversa condizione di ciascuno, la servitù era meno gravosa per quello. Supporre che in seguito gli divenga più dannosa e che nondimeno debba conservarsi nella posizione originaria (2), è mettersi in opposizione colla volontà formale del legislatore: il passaggio *deve* essere fissato ove cagiona minor danno, ed a rigor di principio ove il transito è più breve. Ciò è d'interesse pubblico; ora non si deroga all'interesse pubblico mediante convenzioni e non si ammette prescrizione contro di quello.

Le sentenze sollevano talune obiezioni. Dopo trent'anni, dice la Corte di Grenoble, il proprietario del fondo circondato non può più domandare il passaggio per altri fondi, poichè egli non si trova più nello stato d'interchiusura, godendo di un passaggio che non gli può essere tolto (3). E in questo senso, aggiunge la Corte di Nancy, che l'articolo 685 dispone che il passaggio debba essere *continuato,* quantunque dopo trent'anni l'azione d'indennità sia prescritta (4). Questo argomento non è serio. Il proprietario è circondato solo perchè non ha alcuna uscita propria sulla via pubblica; se ha un passaggio dal fondo del suo vicino è precisamente perchè è interchiuso. Ma la servitù di passaggio è sottoposta dalla legge a condizioni particolari; deve sempre ed in qualunque epoca essere esercitata sul fondo cui riesce meno dannosa. Ciò non le impedirà di *continuare* dopo trent'anni, quantunque l'azione d'indennità sia prescritta. Essa *continua* perchè è permanente, perpetua, nel senso che, fin quando

---

(1) Lione, 28 giugno 1833 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 892).
(2) Le sentenze lo ammettono (Pau, 14 marzo 1831, in DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 893).
(3) Grenoble, 7 giugno 1860 (DALLOZ, 1861, 5, 452).
(4) Nancy, 30 marzo 1860 (DALLOZ, 1861, 5, 453).

la chiusura sussiste, il proprietario del fondo circondato ha diritto al passaggio. Che se il proprietario del fondo serviente domandasse ed ottenesse che il passaggio fosse esercitato sopra un altro fondo, s'intende da sè che dovrebbe restituire l'indennità percepita, o indennizzare il proprietario del fondo circondato se costui dovesse un compenso per la nuova ubicazione del passaggio; poichè dopo trent'anni il proprietario d'un fondo circondato ha diritto ad un passaggio senza indennità (1).

103. Secondo l'opinione generale, il modo d'esercizio delle servitù di passaggio si prescrive col possesso trentennale. È difficile conciliare questa dottrina col principio formulato dagli art. 690 e 691, a termini dei quali la prescrizione non giova all'acquisto delle servitù discontinue, nè, per conseguenza, del modo d'esercizio delle medesime. Nell'applicazione pratica dell'opinione ammessa dagli autori e dalla giurisprudenza si presentano altre difficoltà. Il possesso è la base della prescrizione, e il possesso deve riunire i caratteri determinati dall'art. 2229. Esso, specialmente, deve essere continuo. Ora, come trovare la continuità in una servitù che può variare di luogo da un anno all'altro? É certo che, nella specie giudicata dalla Corte di Lione (n. 102), non poteva esservi prescrizione, poichè ciascun anno la posizione della servitù cambiava. La Corte di cassazione ha deciso che l'azione d'indennità era prescritta dopo trent'anni, quantunque il passaggio fosse stato esercitato su diversi punti del fondo soggetto (2). Ciò non presenta alcun dubbio, poichè la prescrizione dell'azione d'indennità decorre dal momento in cui la servitù è esercitata. Ma è altresì certo che, in questa specie, il modo di esercizio della servitù non era prescritto, poichè il passaggio non aveva posizione fissa: il che esclude la continuità del possesso. Può darsi anche che l'azione d'indennità non possa prescriversi, quando il passaggio è esercitato ora sovra un fondo, ora sovra un altro appartenente ad un proprietario diverso; è stato giudicato che in questa ipotesi l'azione d'indennità non era prescritta, poichè il possesso non riuniva le condizioni volute dalla legge (3); bisogna dire altrettanto della posizione della servitù.

104. Vi è una difficoltà molto seria, nell'opinione generalmente ammessa, quando il fondo pel quale il passaggio si esercita sia dotale. Si supponga che questo fondo non presenti il transito più breve per giungere alla via pubblica. Forse che ciò nondimeno la servitù continuerà ad esercitarvisi dopo trent'anni?

---

(1) Confronta VAZEILLE, *Des prescriptions*, t. I, n. 409. Parigi, 30 giugno 1859. Vi è una sentenza di Parigi nel senso dell'opinione generale, del 5 aprile 1861 (DALLOZ, 1861, 5, 454).

(2) Sentenza di rigetto del 21 marzo 1831 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 894). Confronta Metz, 19 gennaio 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 52).

(3) Besançon 17 gennaio 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 31).

La Corte di cassazione ha deciso che nella specie la prescrizione era impossibile, poichè tendeva a gravare un fondo inalienabile d'una servitù legale all'infuori delle condizioni volute dalla legge. Infatti, la servitù, quantunque si possa costituire su tutti i fondi vicini, *deve*, dice il codice, prendersi in quella parte in cui il transito è più breve dal fondo circondato alla via pubblica (art. 683). Dunque il fondo dotale non deve essere gravato dalla servitù in virtù della legge e siccome è inalienabile, non può essere smembrato che in virtù della legge (1). La decisione è assai giuridica: ma non bisogna andare più in là, e dire che una servitù costituita dalla legge, nell'interesse generale, non può mai essere contraria, nel suo esercizio, alle condizioni che la legge stessa determina?

N. 2. — Effetti della prescrizione relativamente all'indennità.

105. L'articolo 685 dice che l'azione d'indennità è prescrittibile. Qual'è quest'azione? È certo che non si tratta dell'azione pel pagamento dell'indennità; questa si prescrive secondo il diritto comune. Ciò s'intendeva da sè. Ma perchè vi sia luogo al pagamento dell'indennità, occorre che il debito sia determinato, il che suppone che il luogo della servitù sia stato fissato, vuoi per convenzione, vuoi per testamento, e che il contratto, volontario o giudiziario, abbia altresì regolato l'ammontare dell'indennizzo. L'articolo 685 non parla di questo caso, che era inutile prevedere, essendo l'applicazione dei principii elementari di diritto. Esso tratta dell'*azione d'indennità*, vale a dire dell'azione che il proprietario del fondo attraverso il quale si reclama il passaggio ha contro il proprietario del fondo circondato, per far regolare l'indennità cui è tenuto in virtù dell'articolo 682. Si è domandato se questa prescrizione è acquisitiva o estintiva. Abbiamo già risposto dianzi alla questione, assodando che la servitù di passaggio non si acquista giammai con la prescrizione (n. 99), per l'eccellente ragione che essa ha il suo fondamento nella legge. Secondo l'opinione generale, il proprietario del fondo interchiuso null'altro deve acquistare col possesso che il modo di esercitare il passaggio quando l'esercizio della servitù non sia regolato convenzionalmente. Nella nostra opinione, il possesso è sempre subordinato alla legge (n. 102), di guisa che il proprietario del fondo circondato nulla acquista col possesso; il possesso non è efficace se non quando è conforme alla legge. il che torna a dire che è la legge che conferisce tutti i diritti al proprietario del fondo

(1) Sentenza di rigetto del 20 gennaio 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 110), approvata da AUBRY e RAU, t. III, p. 31, nota 30, criticata da DEMOLOMBE, p. 104, n. 625.

circondato; ma essa glieli conferisce sotto una condizione, cioè che egli indennizzi il proprietario, pel cui fondo passa, del danno che gli cagiona. Questa obbligazione del proprietario del terreno circondato dà un diritto al proprietario del fondo gravato della servitù di passaggio: ecco ciò che l'articolo 685 chiama azione d'indennità. L'azione è prescrittibile, dice la legge, vale a dire che deve essere intentata fra i trent'anni siccome qualunque altra azione; se il proprietario del fondo serviente rimane trent'anni inattivo, il suo diritto si estingue, nel senso che il proprietario del fondo intercluso può respingerlo colla prescrizione. Si tratta dunque di una prescrizione estintiva. La cosa è tanto evidente, che non varrebbe la pena di farne l'osservazione, se non si presentàsse nell'applicazione una specie di singolarità la quale, a primo aspetto, può sorprendere coloro che non sono iniziati alla scienza del diritto. Si legge in tutti gli autori e in tutte le sentenze che la prescrizione dell'azione d'indennità, quantunque sia estintiva, esige un possesso rivestito dei caratteri richiesti in materia di usucapione (1). Non vuol dir ciò che la prescrizione di cui parla l'articolo 685 è nel contempo estintiva ed acquisitiva?

Secondo l'opinione generale, è verissimo. Il proprietario del fondo interchiuso, che esercita durante trent'anni il passaggio da un fondo, acquista con questo lungo possesso una servitù su questo fondo, nel senso che il luogo della medesima si trova stabilito irrevocabilmente colla prescrizione. Nello stesso tempo che egli acquista colla prescrizione acquisitiva il modo di esercitare il passaggio, si libera dall'obbligo di pagare l'indennità, se il proprietario del fondo serviente sia rimasto trent'anni senza promuovere l'azione. Donde segue che la prescrizione estintiva si confonde con quella acquisitiva e ne assume i caratteri. Noi abbiamo rigettata quest'opinione. Nondimeno accettiamo il principio ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che la prescrizione dell'azione d'indennità, quantunque sia estintiva, richiede un possesso della medesima natura di quello della prescrizione acquisitiva. Infatti, l'azione d'indennità include che il proprietario del fondo circondato eserciti il passaggio sul fondo vicino; è l'esercizio del passaggio, vale a dire il possesso della servitù che dà origine all'azione; e perchè l'azione si prescriva, occorre naturalmente che il proprietario del fondo circondato continui ad esercitare il passaggio, e che questo esercizio abbia tutti i caratteri d'un possesso richiesto per la prescrizione, poichè è solamente l'esercizio del passaggio a titolo di servitù che fa nascere

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 30, nota 25 e le autorità che ivi sono citate. Vedi le sentenze riportate in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 867. Bisogna aggiungere Liegi, 2 giugno 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 289) e 11 aprile 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 321).

l'azione d'indennità, e che per conseguenza costituisce in mora il proprietario del fondo serviente. Abbiamo visto talune applicazioni di questo principio trattando degli effetti della prescrizione in quanto concerne il modo di esercitare il passaggio. Supponiamo che il proprietario del fondo circondato passi ora per un fondo, ora per un altro; il suo possesso non sarà continuo; esso non potrebbe servire di base ad una prescrizione acquisitiva, e non decorrerà neppure la prescrizione dell'azione d'indennità. Perchè questa decorra, è necessario che si sappia chi vi ha diritto, chi può agire; finchè s'ignora su quale dei fondi contigui il passaggio sarà esercitato, nessuno dei vicini ha qualità per agire o bisognerebbe dire che tutti parimente lo posseggono, ciò che è assurdo, poichè, secondo la legge, il passaggio non può mai esercitarsi che sopra uno solo dei fondi, quello cui riesce meno dannoso (n. 103). Ma se il passaggio è esercitato per trent'anni sul medesimo fondo, quantunque ora sovra una parte, ora sovra un'altra di questo, ciò non impedirà che la prescrizione estintiva si compia, poichè il passaggio ha luogo sopra un fondo determinato, a titolo di servitù, il che basta per costituire in mora il proprietario. In conclusione, la prescrizione dell'azione di indennità si fonda sul possesso del proprietario del fondo circondato, e questo possesso deve avere i caratteri richiesti per la prescrizione acquisitiva (1).

106. Vi è qualche difficoltà nell'applicazione del principio, in quanto concerne l'inizio della prescrizione. Essa comincierà forse a decorrere dal giorno in cui la servitù di passaggio vien reclamata e regolata per convenzione o per sentenza? ovvero dal giorno in cui il passaggio è esercitato a titolo di servitù legale, ancorchè non vi fosse stata nè convenzione, nè sentenza? La questione è importante, perchè avviene assai di frequente che il passaggio sia praticato senza che ne sia stato regolato l'esercizio. L'opinione generale, salvo alcuni dispareri rimasti isolati, vuole che la prescrizione decorra dal giorno in cui è esercitata la servitù legale. È una conseguenza logica tanto dei principii che regolano la servitù di passaggio quanto di quelli che concernono la prescrizione. Il passaggio per causa di chiusura è stabilito dalla legge, le parti interessate non devono regolarne che il modo d'esercizio; ma può ben darsi che questo regolamento sia inutile. Il fondo pel quale il proprietario interchiuso ha diritto a passare non è che uno solo, e in questo fondo non vi è che una sola porzione, su cui si possa esercitare il passaggio, quella, cioè, che risentirà minor danno: in questo caso, lo stato dei luoghi serve di regolamento. Il proprietario del terreno circondato passa perchè vi è necessità; dunque egli esercita la servitù, come se la posi-

(1) Duranton, t. V, pag. 468, nn. 429 e 430; Marcadé, t. II, p. 602, art. 682, n. III.

zione ne fosse stata determinata per convenzione. Quindi la prescrizione deve decorrere, perchè il vicino è costituito in mora a reclamare la sua indennità.

L'opinione contraria ha potuto essere sostenuta per ciò che l'articolo 682 suppone che il proprietario del fondo circondato debba anzitutto *reclamare* il passaggio. Donde si è concluso che la servitù non esiste di pieno diritto, che il proprietario del terreno circondato ha una sola azione per ottenerla, azione che si è paragonata a quella che nasce dall'espropriazione per causa di utilità pubblica. Secondo questa opinione, il proprietario del fondo attraverso al quale il passaggio si esercita, non può domandare indennità se non quando la servitù è accordata; la sua azione è piuttosto di pagamento che d'indennità, poichè l'indennità si regola necessariamente al momento in cui il passaggio è stabilito, nel modo istesso che non vi è espropriazione senza regolamento dell'indennità. Se non avessimo altra disposizione che quella dell'articolo 682, vi sarebbe una difficoltà di testo; ma essa scompare di fronte all'articolo 685. Questo conferisce al proprietario del fondo, attraverso al quale il passaggio si esercita, un'*azione di indennità*, il che suppone che il passaggio è esercitato senza che l'indennità sia stata regolata, per conseguenza senza che vi sia stato un accordo sulla posizione della servitù. Non si parla di un'azione appartenente al proprietario del fondo circondato; egli non ha bisogno di agire per aver diritto al passaggio, il suo diritto è scritto nella legge, e la legge non fa che consacrare la necessità. L'articolo 685 spiega l'articolo 682; risulta dal testo di queste disposizioni, come dallo spirito della legge, che la parola *reclamare* non ha il senso che le si dà, ovvero, se vuolsi, che il diritto è *reclamato* sol perchè la servitù è *esercitata* (1).

La giurisprudenza è in questo senso. Si è sostenuto innanzi alla Corte di cassazione che il passaggio non può mai essere esercitato prima che la servitù sia regolata in contradditorio, poichè l'esercizio senza regolamento sarebbe una via di fatto, una vera usurpazione. La Corte non ha ammesso qu sto sistema (2). Possono presentarsi casi in cui il regolamento della servitù sia necessario. Supponiamo che vi siano parecchi fondi sui quali potrebbe esercitarsi il passaggio; il vicino pel fondo del quale il proprietario del terreno circondato vuol passare contesta che il suo fondo sia quello cui la servitù sarà meno

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p 30 e note 26 e 27. DEMANTE, t. II, p. 634, n. 539 *bis* 1. DEMOLOMBE, t. XI, p. 112, nn. 634 e 635. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 221, p. 326. In senso contrario, VALETTE e MOURLON (*Répétitions*, t. I, p. 800).

(2) Sentenza di rigetto del 23 agosto 1827 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, numero 820, 2.°).

nociva, o quello per cui il transito sarà più breve; il proprietario del terreno circondato passa senza tener conto di questi reclami. S'impegna un giudizio: la servitù è costituita sopra un altro fondo. In questo caso, il proprietario del terreno circondato è colpevole di vie di fatto, nessuno potendosi rendere giustizia da sè stesso. Ma in questo caso altresì non vi sarà difficoltà circa l'epoca dell'inizio della prescrizione, poichè il luogo della servitù si troverà regolato giudiziariamente. Che se il passaggio si esercita senza alcuna contestazione, quantunque senza regolamento, non vi è più usurpazione, poichè la servitù ha il suo principio nella legge, ed il silenzio del proprietario interessato equivale a consenso; l'equità è dunque d'accordo col diritto.

107. Può darsi che il passaggio si eserciti sopra più fondi appartenenti a proprietari diversi. Vi saranno altrettante diverse prescrizioni dell'azione d'indennità quanti sono i fondi? L'affermativa ci sembra certa. Infatti ciascun proprietario ha un diritto a sè, che nasce dal danno che la servitù gli cagiona. Dunque il diritto dell'uno è affatto indipendente da quello dell'altro. Si è invocato innanzi alla Corte di cassazione il principio dell'indivisibilità delle servitù per concluderne che la prescrizione, sospesa riguardo ad uno de' proprietari de' fondi servienti, fosse per lo stesso motivo sospesa riguardo agli altri. La Corte ha respinta questa opinione che si fonda sopra una vera confusione d'idee. Si legge nella sentenza che il principio d'indivisibilità deve applicarsi quando il fondo serviente appartiene al medesimo proprietario, che è in questo senso che la servitù di passaggio non può prescriversi per frazioni (1). Bisognava dir meglio, e cioè, che in caso d'interchiusura non può farsi questione di prescrivere la servitù di passaggio, poichè la servitù esiste in virtù della legge. È l'azione d'indennità che si prescrive, azione puramente personale, che nulla ha di comune con l'indivisibilità della servitù.

107 *bis.* I principii che abbiamo esposti suppongono che vi sia chiusura, nel senso legale della parola, come l'abbiamo definita secondo la dottrina e la giurisprudenza. Se il proprietario non è d'ogni parte circondato, non ha diritto ad un passaggio per causa di chiusura. In conseguenza, egli si trova sotto l'impero dei principii generali che regolano l'acquisto delle servitù. Ciò vuol dire ch'egli non può reclamare passaggio in virtù dell'articolo 682, e siccome il passaggio è una servitù discontinua, egli non potrà invocare il possesso per stabilire il suo diritto; gli occorrerà un titolo. La destinazione del padre di famiglia non gli basterebbe, poichè questa richiede altresì la continuità della servitù. Segue da ciò che se non vi è chiusura, non può trattarsi più della prescrizione dell'azione

---

(1) Sentenza di rigetto del 31 dicembre 1860 (DALLOZ, 1861, 1, 376)

d'indennità; poichè quest'azione suppone l'esistenza d'un passaggio fondato sulla chiusura. Dunque la prima questione che i tribunali avranno ad esaminare in questa materia sarà se esista o meno l'interchiusura. Se il fondo non è circondato, il possesso, per quanto lungo sia stato, non darà alcun diritto a colui che avrà esercitato il passaggio, nè a colui pel fondo del quale è stato praticato: sarà un passaggio di pura tolleranza, il che esclude nel contempo l'idea d'una servitù e il diritto ad una indennità (1).

N. 3. — Effetti della servitù di passaggio.

108. Il passaggio che il proprietario del fondo circondato esercita è una servitù. Bisogna dunque applicare i principii generali che regolano i diritti e le obbligazioni dei proprietari del fondo dominante e del fondo serviente. Il proprietario di un fondo interchiuso non può pretendere che il vicino gli ceda la proprietà del terreno pel quale deve esercitarsi il passaggio; poichè non si tratta d'una espropriazione. Per la medesima ragione, il vicino non può costringere il proprietario del fondo circondato a comperare il terreno per cui passa: egli deve soltanto essere indennizzato del danno che l'esercizio del passaggio gli cagiona.

Essendo il passaggio una servitù, il proprietario del fondo circondato non ha che i diritti appartenenti a colui che gode di una servitù di passaggio. Egli non può costruire sul fondo serviente, ciò s'intende da sè; non può avere luci e finestre che sotte le condizioni determinate dalla legge, poichè queste luci e finestre affaccerebbero sulla proprietà altrui. Non può cedere il passaggio ad un terzo, poichè le servitù sono inerenti al fondo; ciò deve dirsi specialmente del passaggio in caso di chiusura, che viene accordato al proprietario soltanto in considerazione di questa (2).

109. Il proprietario del fondo serviente ha i diritti che appartengono a coloro i cui fondi sono gravati d'una servitù di passaggio. Il terreno che inserve al passaggio essendo di sua spettanza, egli può aprirvi delle finestre a prospetto. Sotto taluni aspetti, anzi, i suoi diritti sono più estesi che non secondo il diritto comune. Non si tratta di una servitù volontaria, ma d'una servitù forzata. Lo spirito della legge vuole che si abbiano a conciliare i diritti del proprietario del fondo serviente con quelli del proprietario del fondo interchiuso. Per applica-

(1) DEMANTE, t. II, p. 634, n. 539 *bis* I. Lione, 18 gennaio 1827 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 888). Nancy, 28 gennaio 1833 (DALLOZ, *ibid.*, n. 819, 3.º). Besançon, 16 luglio 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 130).
(2) DURANTON, t. V, p. 472, n. 432. DEMOLOMBE, t. XII, p. 119, nn. 636 e 637.

zione di questi principii è stato deciso che il proprietario del fondo serviente potesse in ciascun anno indicare la porzione sulla quale l'esercizio del diritto di passaggio riuscirà meno gravoso (n. 94). È alla stregua di questo stesso principio che va risoluta la questione di sapere se egli possa cingere il suo fondo di mura. Altrove abbiamo detto che l'art. 647 non è un ostacolo all'esercizio di questo diritto (1). Beninteso che la cinta dev'essere tale, che non ostacoli il diritto di passaggio. Duranton insegna, contrariamente all'opinione di Voet, che il proprietario del fondo serviente non potrebbe chiudere il passaggio per mezzo d'una porta o d'una barriera, offrendo al proprietario del fondo circondato una chiave per passare (2). La decisione ci sembra troppo rigorosa. Quando si tratta di una servitù ordinaria, si può invocare l'art. 701, che vieta al proprietario del fondo serviente di nulla fare che tenda a rendere la servitù più *incomoda*. Ma il passaggio in caso di chiusura, quantunque sia una servitù, richiede una interpretazione molto diversa da quella del diritto rigoroso che origina da una convenzione. Un passaggio ordinario viene stipulato per ragione di comodità; si capisce dunque assai bene come non lo si possa rendere meno comodo, perche ciò costituirebbe una violazione alla legge del contratto. In caso di chiusura, invece, il passaggio è costituito per causa di necessità. Quando a questa necessità si sia soddisfatto, il proprietario del fondo circondato non ha più diritto di dolersi. Vi è una sentenza che stabilisce questo principio (3).

N. 4. — Estinzione della servitù.

110. La servitù di passaggio si estingue quando viene a cessare la chiusura? La questione è assai controversa; essa tiene divisi tanto gli autori che la giurisprudenza (4). Se si tien conto, come noi abbiamo fatto, della natura particolare della servitù di passaggio, non vi è guari dubbio. Il passaggio, in caso di chiusura, è stabilito dalla legge per ragioni di pubblica utilità; dal momento che la società non è più interessata a che vi sia un passaggio forzato, la servitù non ha più ragione di essere: si può forse concepire un passaggio esercitato a titolo di chiusura, quando questa ha cessato d'esistere? Invano si obbietta

---

(1) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 441.

(2) DURANTON, t. V, p. 473, n. 434. Confronta DEMOLOMBE, t. XII, p. 121, numero 638.

(3) Bruxelles, 3 maggio 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 201). La medesima sentenza trovasi ripetuta, 1855, 2, 48. In senso contrario, Bruxelles, 26 febbraio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 316).

(4) Vedi le fonti in AUBRY e RAU, t III, p. 32, nota 34; DALLOZ, alla parola *Servitude*, nn. 877 e 878; DEMOLOMBE, t. XII, p. 124, n. 642.

che ogni servitù è stabilita con animo di perpetuità (1). Ciò è vero delle servitù in generale. Se io stipulo oggi un passaggio per l'utilità del mio fondo, è probabile che questo passaggio non cesserà mai di essere vantaggioso al proprietario del fondo dominante. Ma se io esercito oggi un passaggio perchè sono da ogni parte circondato, la causa della servitù è temporanea, poichè domani posso acquistare un fondo che mi dà accesso sulla via pubblica. É tanto vero che il passaggio, in caso di chiusura, non è perpetuo, che tutto in esso è variabile; la servitù nulla ha d'irrevocabile, d'immutabile; essa può esercitarsi in ciascun anno sopra una parte diversa del fondo (articolo 694), può aumentare di estensione se il proprietario del fondo circondato estende la sua coltivazione; può altresì diminuire se le necessità si rendono minori; perciò se i bisogni cessano interamente la servitù altresì deve cessare (2). Quando la causa unica che dà origine ad un diritto vien meno, il diritto si estingue del pari; è il caso di applicare l'antico adagio: *cessante causa, cessat effectus* (3).

111. Tuttavia le obbiezioni non mancano, e sono serie. Duranton dice che, giusta l'opinione nostra, la servitù è condizionale, od almeno a termine, mentre la legge la stabilisce puramente e semplicemente (4). Ci sembra che il testo della legge risponda in modo bastevole a questa argomentazione. A chi è concesso il passaggio? Al « proprietario i cui fondi sono da ogni parte circondati », dice l'articolo 682. Dunque la chiusura è la condizione *sine qua non* dell'esercizio del passaggio. L'articolo aggiunge: « e che non ha alcuna uscita sulla via pubblica ». Noi domandiamo una volta ancora: si può forse concepire che un proprietario reclami un passaggio in virtù dell'articolo 682, perchè non ha uscita sulla via pubblica quando ne possiede già una? *Reclamare,* no, si dice; ma una volta che l'ha reclamata, la servitù esiste: è una servitù di passaggio ordinario, ed alla quale dovranno quindi applicarsi i principii generali che regolano l'estinzione delle servitù. Ora, la legge non colloca la cessazione della chiusura fra le cause che estinguono le servitù. A che conduce dunque, si chiede, l'opinione che dichiara estinta la servitù, quando cessa la chiusura? A creare una causa d'estinzione delle servitù, cioè a creare la legge, ed a crearla contro l'intenzione stessa del legislatore. Invero, la Corte di Lione aveva proposto di aggiungere alla sezione che tratta dell'estinzione delle servitù una disposizione con cui si prescrivesse che nel caso in cui il

(1) DEMOLOMBE, t. XII, p. 125, n. 642.
(2) Rouen, 13 dicembre 1862 (DALLOZ, 1864, 2, 33).
(3) Agen, 14 agosto 1834 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 878). Liegi 30 novembre 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 183). Queste sentenze si accostano alla nostra opinione. Essa è stata consacrata formalmente da una sentenza della Corte di Bruxelles del 14 marzo 1862 (*Pasicrisie,* 1862, 2, 288).
(4) DURANTON, t. V, p. 474, n. 435.

passaggio accordato al fondo interchiuso cessasse di essere necessario, questo si dovesse sopprimere, colla restituzione dell'indennità eventualmente pagata. Tale proposta non essendo stata accettata, si deve credere che gli autori del codice civile abbiano respinto questo modo di estinzione della servitù di passaggio (1). L'argomento sarebbe decisivo se il Consiglio di Stato avesse discussa la proposta; ma questa non trovavasi formulata nel progetto di codice sottoposto alle sue deliberazioni; e se gli autori del progetto non l'hanno ammessa, ben può darsi che ciò sia avvenuto in quanto essi abbiano reputato la disposizione inutile. Infatti, i tribunali non dichiarano la servitù di passaggio estinta quando cessa la chiusura; essi si limitano a decidere, come vuole il buon senso, che, fino a quando non vi è chiusura, non può esercitarsi il passaggio per causa d'interchiusione. Era inutile affermar ciò dal punto di vista giuridico, perchè essendo la chiusura la condizione o la causa della servitù, se la condizione manca e la causa cessa, non può più farsi questione di una servitù.

S'insiste e si dice che la vera causa della servitù è nella legge; dal che si conclude che soltanto la legge la quale ha creata la servitù potrebbe farla cessare; che siccome la legge non la dichiara estinta, essa sussiste, ogni servitù essendo di sua natura perpetua, e sopratutto la servitù di passaggio necessario, che costituisce una specie di espropriazione. È questa l'argomentazione di Demolombe (2), che noi ci permettiamo di ritenere poco seria. Ogni servitù legale ha, non v'ha dubbio, radice nella legge; ma questa non le crea se non in quanto sussista un motivo giuridico: è questo motivo che costituisce la causa della servitù, e, nella specie, non vi è possibilità d'ingannarsi, poichè il legislatore ha preso cura d'indicare la ragione per cui attribuisce un passaggio al proprietario del fondo interchiuso, pel motivo, cioè, che non ha alcuna uscita sulla via pubblica. Era forse mestieri di soggiungere che quando l'uscita realmente esiste, costui non può più valersi di un passaggio che non gli fu concesso se non perchè difettava d'uscita? Quanto alla pretesa perpetuità della servitù, che si fa derivare dall'essere questa una specie di espropriazione, la risposta si trova nel testo dell'articolo 645 che definisce l'espropriazione per causa di utilità pubblica, come abbiamo avvertito a suo tempo (3).

112. Un'obiezione molto più seria si trova nella giurisprudenza: la Corte di cassazione l'ha consacrata colla sua autorità dopo che fu svolta in una pregevolissima relazione del

(1) Quest'argomento è stato benissimo sviluppato nella sentenza della Corte di Grenoble del 20 novembre 1847 (Dalloz, 1850, 2, 88). Confronta Tolosa, 16 maggio 1829 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 877, 3.°) e Duranton, t. V, p. 474, n. 435.

(2) Demolombe, t. XII, p. 125, n. 642.

(3) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 424.

consigliere Mesnard. Si conviene che la causa che ha dato origine alla servitù, cioè la necessità risultante dalla chiusura, può cessare; ma non avviene spesso che cause transitorie e mutabili producano effetti permanenti ed invariabili? I contratti consensuali ne sono un esempio; essi sono irrevocabili, quantunque la causa che li ha posti in essere sia una volontà mutabile. Donde l'antico adagio: *Ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis.* I giureconsulti romani hanno consacrato questa massima, e Giustiniano le ha dato posto fra le regole del diritto: « Ciò che una volta è stabilito conformemente alla legge, ed a maggior ragione in virtù della legge, sussiste ancorchè sopravvenga un avvenimento che avrebbe impedito al fatto giuridico di nascere, se fin dal principio avesse esistito » (1). La servitù si stabilisce perchè vi è chiusura, una convenzione ne determina il luogo e stabilisce l'indennità che il proprietario del fondo circondato deve pagare; da questo momento tutto è consumato ed irrevocabile. Sarebbe altrimenti se in luogo di una convenzione, vi fosse prescrizione? I principii sono i medesimi, poichè il lungo esercizio della servitù fa presumere che sia intervenuta una convenzione relativamente al passaggio e che l'indennità sia stata pagata. Su questa relazione, la Corte decise che l'esercizio del passaggio necessario per causa di chiusura, quando si è prolungato oltre trent'anni, fa acquistare al proprietario del fondo circondato la servitù istessa di passaggio, secondo le condizioni portate da questo lungo possesso; che il diritto *assoluto* di servitù trovandosi così acquisito, non può menomamente venir modificato da un posteriore avvenimento che faccia cessare lo stato primitivo di chiusura (2).

Ci sembra che quest'argomentazione riposi sopra una confusione d'idee. Essa suppone che la convenzione, o la prescrizione che ne tien luogo, crei un *diritto assoluto* di passaggio. Ma come mai potrebbe la convenzione dar vita a ciò che già esiste? La servitù di passaggio necessario non è mai creata nè dalla convenzione, nè dalla prescrizione, ma esiste in virtù della legge. Se ne vuole una prova evidente? Io sono proprietario d'un fondo interchiuso. Non v'ha che un solo terreno, ed una sola porzione di questo per cui mi sia consentito di giungere alla via pubblica: io vi passo immediatamente senza che sia intervenuta alcuna convenzione, nè la prescrizione. Esercito forse un diritto? No certamente, se la servitù nasce dalla con-

---

(1) « *Quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt* ». (L. 85, D., *de regul. jur.*).

(2) Sentenza di rigetto del 19 gennaio 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 6). Confronta Grenoble, 5 marzo 1839 (DALLOZ, 1845, 2, 160); Bordeaux, 25 giugno 1863 (DALLOZ, 1864, 33). Amiens, 9 dicembre 1868 (DALLOZ, 1868, 2, 118), e la critica di questa sentenza fatta da FROISSART, sostituto procuratore generale presso la Corte d'Amiens (*id.* p. 117).

venzione o dalla prescrizione. Commetterò invece una via di fatto, una usurpazione sulla proprietà del vicino, una contravvenzione alla legge penale. Ebbene, la Corte di cassazione ha deciso che non vi è contravvenzione; vi è dunque diritto e perciò la servitù esiste. Essa preesiste quindi alla convenzione ed alla prescrizione; queste non creano la servitù, ma ne determinano solamente la posizione. Questa posizione neppure è irrevocabile; vi è controversia sull'estensione delle variazioni che può subire, ma tutti convengono che essa è variabile. In quanto concerne la servitù stessa, non si può invocare nè la convenzione, nè la prescrizione, essa non ha altra causa, altra ragione d'essere che la necessità, la mancanza d'uscita; quando dunque questa causa unica scompare, dovrà cessare anche l'effetto. Gli adagi che si citano dagli avversari suppongono che un diritto sia definitivamente costituito col concorso delle volontà delle parti interessate; e, nella specie, non vi è alcun concorso di volontà, tutto dipende dalla legge, e questa fa della necessità una condizione d'esistenza della servitù (1).

113. Ammettendo che la servitù cessi, si presentano nuove difficoltà. Il proprietario del terreno circondato può domandare la restituzione dell'indennità che ha pagata? Si ammette che egli ha diritto alla restituzione di alcunchè, ma non si è d'accordo sull'estensione di questo diritto. È tutta l'indennità, od una parte sola di essa? (2). Se i principii che abbiamo stabiliti sono veri, la soluzione è semplicissima. L'indennità è stata pagata per una causa che ha cessato d'esistere; a partire dal momento in cui cessa la chiusura, colui che ha ricevuto l'indennità non ha più motivo giuridico di conservarla, egli la riterrebbe senza causa, dunque il proprietario che l'ha pagata può ripeterla (3). È questa una conseguenza dei principii generali che regolano il pagamento dell'indebito. Potrà egli altresì reclamare il risarcimento del danno? Una sentenza della Corte di Agen glielo accorda, e Demolombe condivide questa opinione (4). Ciò è inammessibile. Si potranno aggiudicare danni-interessi senza che vi sia colpa, senza l'intervento d'un fatto imputabile al proprietario del fondo serviente? Egli si è limitato a sopportare il passaggio, lo ha subìto mal suo grado e lo si condannerebbe al risarcimento del danno?

Dicendo che l'indennità dev'essere tutta restituita, non intendiamo privare di qualunque riparazione il proprietario pel cui fondo è stato esercitato il passaggio. Il passaggio gli ha

---

(1) Gli è ciò che benissimo è stabilito nella sentenza di Rouen del 13 dicembre 1862 (Dalloz, 1864, 2, 33). Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 27 e le note.

(2) Vedi le diverse opinioni in Demolombe, t. XII, p. 128, n. 643.

(3) Lyon, 24 dicembre 1841 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 880, 2.°). Limoges, 20 novembre 1843 (Dalloz, *ibid.*, n. 878). Aubry e Rau, t. III, p. 42 e nota 35.

(4) Agen, 14 agosto 1834 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 878). Demolombe, t. XII, p. 129, n. 643.

cagionato un danno, egli ha dunque diritto ad una indennità a questo titolo. Come se ne farà il computo? Il mezzo più semplice sarà di calcolarla per annualità e di aggiudicargli tante annualità per quanti anni è stato praticato il passaggio. Egli restituirà l'indennità ricevuta sotto deduzione di questa somma.

114. Chi reclama la restituzione dell'indennità deve provare d'averla pagata? L'affermativa non è dubbia in linea di principio, poichè egli è l'attore, e il pagamento è la base della sua domanda di restituzione. Che si deciderà nel caso in cui egli abbia esercitata la servitù per trent'anni? Vi hanno sentenze le quali pronunziano che in questo caso vi è presunzione di pagamento, il che dispenserebbe l'attore dal darne la prova. Questa pretesa presunzione va respinta come tutte quelle altre che si vanno immaginando senza un testo di legge che le consacri. La Corte di Agen dice che la prescrizione dell'indennità suppone *necessariamente* che l'indennità sia stata pagata (1). No, non vi è che una semplice probabilità, poichè la prescrizione estintiva di trent'anni non è fondata sopra una presunzione di pagamento, e una probabilità non diviene una presunzione se non quando sia espressamente sanzionata dal legislatore. La Corte di Limoges allega le più singolari ragioni per indurne una presunzione legale senza legge (2). Si tratta d'una *specie di espropriazione,* il che include che la servitù non è dovuta che dopo il pagamento dell'indennità. Che cosa è una *specie* di espropriazione? O vi è vera espropriazione o non ve n'ha. Ora, la vera espropriazione non esiste che allorquando un proprietario è privato della sua cosa (articolo 545). Bandiamo le frasi vaghe da una scienza che domanda la più rigorosa precisione. La Corte di Limoges soggiunge doversi presumere che la servitù sia stata esercitata dopo averne disinteressato il proprietario serviente, giacchè bisogna supporre che ciascuno vegli ai propri interessi e non rinunci ai propri diritti se non dopo averne avuto un congruo compenso. Ma anche questa non è che una semplice probabilità. Che il legislatore ne tenga conto, sta bene; ma con qual diritto l'interprete erige una probabilità in presunzione? La Corte afferma da ultimo che l'epoca remota del pagamento dispensa dal darne la prova. Con ciò essa si sostituisce al legislatore, creando la legge, e, quello che è peggio, lo fa molto male. In nessuna parte del codice troviamo un simile principio, che il legislatore si è ben guardato dallo stabilire perchè troppo pericoloso. La Corte di Angers distrugge tutte queste

(1) Agen, 14 agosto 1834 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 878).
(2) Limoges, 20 novembre 1843 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 878). Nel medesimo senso, Lione, 24 dicembre 1841 (DALLOZ, *ibid.*, n. 880, 2.°) e DEMOLOMBE, t. XII, p. 129, n. 643.

inaccettabili argomentazioni avvertendo semplicemente che se colui il quale reclama un passaggio sul fondo altrui è tenuto ad indennizzare il proprietario, non risulta da ciò la presunzione legale che l'indennità sia stata pagata; che l'art. 685 suppone anche che il passaggio sia stato esercitato senza alcun compenso, il che, nell'uso, avviene assai di frequente (1).

115. Quando la chiusura risulta da una divisione o da una vendita, i principii che abbiamo stabiliti non trovano più applicazione. Il passaggio che dev'essere accordato in questo caso non è il risultato della necessità; quindi non si può dire più che, cessando la necessità, anche la servitù verrà meno. La servitù è convenzionale, sia espressa o tacita la convenzione. Costituendosi secondo il diritto comune, deve estinguersi altresì alla stregua di questo. Il proprietario che cessa di essere circondato conserva dunque il passaggio cui ha diritto; e se avesse pagato un prezzo, non può più ripeterlo, ancorchè rinunciasse al passaggio di cui non ha più bisogno. Qui tutto è definitivo ed irrevocabile. La dottrina e la giurisprudenza sono pienamente d'accordo (2).

§ VIII. — *Del diritto di scala* (*tour de l'échelle*).

116. S'intende per *diritto di scala* una servitù in forza della quale il proprietario del fondo dominante può appoggiare una scala sul fondo del suo vicino ed occupare lo spazio di terreno necessario per fare costruzioni o riparazioni nella parte della sua casa che affaccia su questo fondo. Talvolta si dice *diritto di scala* lo spazio lasciato per questo uso dal proprietario che costruisce un'abitazione. I due casi sono essenzialmente diversi, poichè da una parte vi è servitù e dall'altra esercizio del diritto di proprietà (3).

Nell'antico diritto, vi era una servitù legale di *échelage*. Ricorderemo l'articolo 204 della consuetudine di Melun che prescrive: « Quando alcuno fa edificare o riparare la sua proprietà, il vicino è tenuto ad accordargli *pazienza* e *passaggio* affinchè egli possa riparare ciò che fu rotto, demolito o guastato ». Gli autori davano per fondamento a questa consuetudine l'umanità, la carità, l'equità naturale, essendo che ciascuno ha obbligo di render servigio al suo vicino quando ciò non gli rechi danno. Talune consuetudini tuttavia mantenevano

---

(1) Angers, 20 maggio 1842 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 858). AUBRY e RAU, t. III, p. 32, nota 35).

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 33 e nota 36. Sentenza di rigetto del 1.° agosto 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 161) e del 14 novembre 1869 (DALLOZ, 1860, 1, 176).

(3) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Tour de l'échelle*, § 1 (t. XXXIV, p. 338 e seguenti).

anche pel *diritto di scala* il principio: non vi ha servitù senza titolo. Non bisogna confondere il *diritto di scala* col diritto allo spazio circostante. I Romani lasciavano uno spazio tra i loro edifici e quelli dei loro vicini: donde il nome d'*isola* per designare ciò che in Francia è detto *héritage*. Quest'usanza passò nei Galli e si conservò nei paesi di diritto scritto sotto il nome di *investison*, senza dubbio perchè questo spazio circonda la proprietà di ciascuno e per così dire la *investe*.

117. Il codice non parla di *diritto di scala*, nè di *diritto allo spazio circostante*. Ciò decide la questione di sapere se, come prescrivevano le leggi romane, il proprietario debba lasciare uno spazio di terreno tra il suo edificio e quello del suo vicino. La negativa è certa, poichè il codice non impone più quest'obbligazione. L'oratore del Tribunato dice che l'intenzione del legislatore è stata quella di affrancare i proprietari da siffatta restrizione avendo essi il diritto di costruire come credono meglio sul loro suolo (1). Egli è lo stesso della servitù di scala; non può neppure parlarsi d'una servitù legale di diritto di scala, allorchè la legge non la stabilisce e non vi fa accenno veruno.

118. Ma se il diritto di scala e il diritto allo spazio circostante non esistono più in virtù della legge, nulla impedisce che vengano stabiliti mediante la volontà dei proprietari. S'intende da sè che colui il quale costruisce una casa può lasciare al di là del muro uno spazio di terreno destinato a servire, per l'appoggio della scala. In tal caso si eleva, relativamente alla prova, una difficoltà che avremo occasione di esaminare più innanzi. Supponendo che la proprietà sia dimostrata, si applicheranno i principii generali che regolano questo istituto. Il proprietario potrà valersi del terreno in questione come meglio crede, mentre il vicino non potrà giovarsene per nulla; egli non potrà acquistare neppure la comunione del muro, poichè questo non separa i due fondi (2).

119. La servitù di scala può essere altresì costituita, ma solamente per titolo, essendo una servitù discontinua (art. 691 e 688). Vi è una sentenza in questo senso. S'invocava, nella specie, il consenso tacito delle parti contraenti; la Corte ha deciso che le parti non pensavano, al momento del contratto, nè a riservare il diritto di scala, nè a sottomettervisi (3). Bisognava dire inoltre che il consenso tacito delle parti interessate non vale titolo se non quando vi sia la destinazione del padre di famiglia, e la destinazione non può essere invo-

(1) Discorso di Gillet, n. 11 (Locré, t. IV, p. 195)
(2) Toullier, t. II, p. 254, n. 562. Duranton, t. V, p. 324, n. 316.
(3) Douai, 21 agosto 1865 (Dalloz, 1866, 5 437). Confronta Bruxelles, 21 gennaio 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 80).

cata se non quando la servitù è nel contempo continua ed apparente.

Che bisogna dire relativamente alle servitù acquistate sotto l'antico diritto? Il codice mantiene in vigore quelle che erano costituite con un possesso immemorabile (art. 691). È egli lo stesso delle servitù legali anteriori alla pubblicazione del codice? A rigor di principio sì, poichè la legge vale titolo. Pel diritto di scala tuttavia la cosa è dubbia. Non esisteva una vera servitù legale di scala, nel senso stretto della parola; si trattava piuttosto d'un'obbligazione di buon vicinato fondata sull'equità. Le consuetudini stesse che consacravano questo dovere aggiungevano una riserva. Abbiamo citata la consuetudine di Melun. Essa obbligava il vicino a soffrire *tolleranza* e *passaggio;* ma, diceva l'art. 75, « la tolleranza o sofferenza di chi ha sopportato che altri abbia il diritto *d'échelage* sul suo fondo non attribuisce nè fa acquistare contro di lui il godimento se non v'è un titolo espresso », salvo che vi fosse contraddizione. Soltanto in quest'ultimo caso avevasi una vera servitù che potrebbe essere mantenuta sotto il codice civile. Quanto al dovere di umanità che le consuetudini prescrivevano, esso è divenuto, una volta quelle abrogate, un dovere puramente morale, di cui il diritto non ha ad occuparsi (1). Vi è una sentenza in senso contrario della Corte di Rouen (2). Essa invoca l'usanza di Nantes; ma questa consuetudine, pur prescrivendo al vicino di tollerare che altri provveda a fare le riparazioni che gli sono necessarie, aggiungeva questa riserva: « Il costruttore non può, per quanto sopra è detto, acquistare *diritto* o *possesso,* a pregiudizio di colui che ha data o sofferta la detta *pazienza* ». Era dunque una semplice *tolleranza* e non un *diritto.*

120. Quando il diritto di scala costituisce una servitù, i diritti del proprietario dominante sono molto meno estesi che quando il terreno che serve di luogo di scala appartiene al proprietario dell'edificio. Egli non può servirsene che per fare le riparazioni necessarie alla sua casa, mentre il vicino, essendo proprietario del terreno, ne dispone come crede, purchè non nuoccia all'esercizio della servitù. Il proprietario dell'edificio ha dunque interesse a sostenere che egli possiede al di là del suo muro un terreno di cui può disporre. Ciò gli è soprattutto di speciale importanza quando egli deve dimostrare il suo diritto; la proprietà si acquista colla prescrizione e si prova col possesso trentennale, mentre la servitù di scala, siccome quella che è discontinua, non si acquista che mediante titolo; ed il più delle volte, per gli edifici di antica data, non vi è titolo

---

(1) TOULLIER, t. II, p. 252, nota 3 (n. 559), edizione di DUVERGIER.
(2) Rouen, 8 febbraio 1828 (DALLOZ, alla parola *Servitude,* n. 805, 2.°)

nè per la servitù nè per la proprietà. Rimane a sapere in qual modo il proprietario della casa potrà dimostrare che il terreno ch'egli reclama gli appartenga realmente. La legge non stabilisce alcuna presunzione di proprietà, nè poteva farlo, poichè colui che costruisce ha diritto di fabbricare sulla linea di separazione del suo fondo. Si rimane dunque sotto l'impero dei principii generali. Raramente vi sarà luogo alla prova testimoniale, e ciò in causa del valore del terreno in questione. Occorreranno dunque delle scritture. I tribunali si mostrano assai facili nell'ammissione di queste prove. Siccome non vi sono atti propriamente detti, il giudice si contenta di una prova più o meno vaga, risultante dai fatti, dallo stato materiale dei fondi; con che, s'intende, la proprietà del fondo istesso sia dimostrata con titoli; dopo ciò non si tratta che di determinarne i limiti precisi. La Corte di cassazione ha giudicato che le indicazioni catastali, la piantagione degli alberi sul confine del fondo potevano servire di prova, che il proprietario d'un parco confinante con prati è proprietario di un terreno affetto dalla servitù di scala (1).

121. Anche simili indicazioni e questo insieme di prove manca il più delle volte quando si tratta di un edificio. Può darsi che in realtà non vi sia nè diritto al terreno circostante, nè diritto di scala. Quando si renda necessario di compiere qualche opera, come si potrà eseguirla, se sia indispensabile, per ciò, di passare sul terreno del vicino? Potrà il proprietario reclamare il passaggio? A rigore di diritto, bisogna rispondere negativamente. Non vi è passaggio che a titolo di servitù o come esercizio della proprietà, e noi supponiamo che il padrone di un edificio non abbia servitù e non sia proprietario, ovvero, il che torna lo stesso, che non possa provare il suo diritto. Gli autori si sono studiati di eludere la severità della legge, distinguendo le diverse ipotesi che possono presentarsi.

Si fa distinzione anzitutto se il muro sia, o no, comune. Se si tratta di riparare un muro comune, ciascun vicino deve fornire il passaggio necessario. Ciò è ammessibile, anche nello stretto diritto, poichè, essendo tutti i comproprietari obbligati a contribuire alle riparazioni (art. 655), debbono per lo stesso motivo accordare un passaggio, senza del quale le riparazioni sarebbero impossibili. In questo caso, il passaggio è reclamato non a titolo di diritto di scala, ma come una conseguenza della comunione. Se il muro non è comune, si ammette ancora che, nelle città e nei sobborghi in cui la cinta di mura è forzata, il proprietario del muro potrebbe costringere il vicino a

---

(1) Sentenza di Parigi del 4 marzo 1895, confermata da una sentenza di rigetto del 17 dicembre 1866 (Dalloz, 1867, 1, 495).

soffrire il passaggio degli operai impiegati alla riparazione del muro, poichè egli potrebbe costringerlo alla costruzione ed alla riparazione d'una cinta di muro in comune. Noi non possiamo condividere questa opinione, quantunque sia generalmente seguìta. Toullier ha ragione di dire che finchè il proprietario di un muro ne ha la proprietà esclusiva, non può giovarsi di diritti che potrebbe soltanto esercitare se quello fosse comune. È facile vedere come in ciò faccia difetto la logica (1). Demolombe confessa che l'opinione generale esorbita dai principii rigorosi del diritto, ma merita favore, e non sarebbe sorpreso, egli dice, di vederla talvolta riuscire in pratica (2). Non è punto opportuno che il diritto rimanga subordinato al fatto; con ciò s'incoraggia quasi il giudice a mettersi disopra del diritto, mentre questo dovrebbe essere la regola invariabile delle sue decisioni.

122. Il passaggio coattivo è ammesso altresì quando si tratta di riparazioni al tetto di un edificio il cui proprietario ha il diritto di stillicidio. La è, si dice, una conseguenza necessaria di questa servitù, e qui ancora Toullier ha ragione contro Pardessus (3). Le due servitù sono essenzialmente diverse; l'una è continua, l'altra discontinua; quella che si considera come accessoria può essere più onerosa che la principale: dall'una dunque non si può concludere all'altra. Non è retto ragionamento l'affermare, come si fa, che se il passaggio non esiste precisamente a titolo di diritto, sussisterà tuttavia per una specie di forza maggiore, per una necessità assoluta la quale non consente di ricusarlo (4). Una quasi-forza maggiore non può attribuire diritti contro il diritto. Se la necessità bastasse a dar vita al diritto di passaggio, il legislatore non avrebbe avuto bisogno di organizzare questa servitù: occorre imprescindibilmente una legge perchè una necessità ingeneri un diritto.

123. Non possiamo dunque accettare l'opinione di Pardessus, il quale insegna che se il proprietario giustifica che non ha alcun mezzo di fare le riparazioni, sarà autorizzato, per una induzione altrettanto giusta per quanto naturale dall'art. 682, a richiedere dal suo vicino che gli accordi un passaggio mediante indennità. Quest'opinione è stata sostenuta con qualche vivacità da Mauguin nel suo *Saggio sul codice Napoleone* ed è stata consacrata da una sentenza della Corte di Bruxelles. In difesa di una cattiva causa non mancano mai le cattive ra-

---

(1) TOULLIER, t. II, p. 253, n. 559. In senso contrario, DELVINCOURT, PARDESSUS e DURANTON (t. V, p. 323, n. 316).

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 491, n. 424.

(3) TOULLIER, t. II, p. 254, n. 560. AUBRY e RAU, t. III, p. 89, nota 3. In senso contrario, PARDESSUS, t. I, p. 507, n. 227; DURANTON, t. V, p. 49.

(4) DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 811

gioni. Noi comprendiamo che si stia sul terreno dell'equità e che si dica con la Corte di Bruxelles che sarebbe ferire le convenienze tra vicini ricusare il passaggio in caso di necessità; non è il caso di dire come i giureconsulti romani: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, facile concedendum?* (1). La Corte oblia che sotto l'impero di un codice i tribunali non sono più autorizzati ad applicare i principii della equità (2). Lasciamo dunque da parte l'opportunità, e consultiamo il diritto. Non può farsi in alcun modo ricorso all'articolo 682, poichè le derogazioni alla proprietà non sono suscettive di estensione analogica: se vi è una disposizione che si debba strettamente interpretare, è appunto quella dell'articolo 682, che costringe un proprietario a subire una servitù. Invano si dice che il vicino il quale ricusasse il passaggio cagionerebbe la rovina dell'edificio, poichè, per mancanza di passaggio, non potrebbe essere riparato. Noi risponderemo con Toullier che spetta a colui che fabbrica e non al suo vicino, d'invigilare alla conservazione della propria casa. Singolare giustizia, singolare equità sarebbe quella che imponesse una servitù al vicino, perchè il proprietario ha trovato utile di costruire sul limite estremo del suo fondo, senza riservarsi nè proprietà nè servitù per le riparazioni di cui doveva prevedere la necessità! Tanto in linea di diritto, quanto in linea di equità debbono ricadere su colui che non ha saputo prevedere a tempo gli effetti della propria imprudenza (3).

124. Vi è una sentenza che sembra ammettere il diritto di scala in favore delle chiese, nel senso che i proprietari vicini sarebbero obbligati di consentire il passaggio per giungere negli intervalli dei contrafforti e fare le riparazioni indispensabili (4). Formulata in questi termini assoluti la decisione è certamente inammessibile. Le chiese sono regolate dal diritto comune. Esse non possono godere di una servitù di scala, poichè questa servitù non esiste che in forza di una speciale convenzione. Come dunque la Corte di Agen ha potuto giungere a questa conclusione? I pilastri esterni, dice la sentenza, ed i contrafforti che sostengono le mura della chiesa formano un sol tutto con la medesima e sono come quella imprescrittibili. Ciò è evidente. La sentenza aggiunge che il terreno o spazio esistente tra i pilastri è un accessorio della chiesa e ne forma parte integrante. Qui entriamo nel dominio delle probabilità e per conseguenza delle presunzioni. Che questo terreno

---

(1) Bruxelles, 28 marzo 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 378). Confronta Bordeaux, 20 dicembre 1836 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 812, 1.°).

(2) Vedi il t. I dei miei *Principii*, n. 29.

(3) TOULLIER, t. II, p. 351, n. 559. In senso contrario, PARDESSUS, t. I, p. 508, n. 227.

(4) Agen, 2 luglio 1862 (DALLOZ, 1862, 2, 150).

sia una dipendenza della chiesa, è probabilissimo, ma una probabilità non è una prova; e, su questa materia, non vi ha alcuna presunzione legale. Invano la Corte dice che lo spazio compreso tra i contrafforti non può divenire proprietà privata, poichè l'occupazione di questo terreno renderebbe impossibili le riparazioni; ogni proprietario d'un edificio potrebbe dire altrettanto pretendendo la proprietà del terreno contiguo al suo muro. Non vi è in favore delle chiese presunzione maggiore di quanta ve ne sia a vantaggio dei privati. Questo istesso motivo risolve anche la questione che concerne la servitù di scala. È necessario che la fabbriceria dimostri il suo diritto di proprietà sui terreni intermedi; allora soltanto essa potrà domandare che le costruzioni vengano demolite. Che se essa reclama il passaggio sui fondi contigui, deve provare ancora o che è proprietaria o che ha un diritto di servitù.

CAPITOLO IV.

DELLE SERVITÙ STABILITE PEL FATTO DELL'UOMO.

SEZIONE I. — Divisione delle servitù.

§ I. — *Delle servitù urbane e rustiche*

125. L'articolo 687 prescrive: « Le servitù sono stabilite per l'uso degli edifici o dei terreni. Le prime si chiamano *urbane*, tanto se le costruzioni cui si riferiscono siano situate in città, quanto in campagna. Quelle della seconda specie sono dette servitù *rustiche* ». Questa disposizione attesta il rispetto esagerato che gli autori del codice avevano per la tradizione. La divisione delle servitù in urbane e rustiche esisteva nel diritto romano e nell'antica giurisprudenza; e non era senza importanza, poichè l'acquisto e l'estensione delle due specie di servitù non era regolata dagli stessi principii. Secondo il codice Napoleone, al contrario, non vi è più alcuna differenza giuridica tra le servitù urbane e le rustiche. È quindi inutile che ci soffermiamo su questa distinzione tradizionale che non presenta più alcuna utilità (1).

---

(1) Si può vedere in DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN (t. II, p. 229, n. 342) che la classificazione francese non corrisponde alla classificazione romana.

§ II. — *Delle servitù continue e discontinue.*

N. 1. — Definizione.

126. A termini dell'articolo 688 « le servitù continue sono quelle il cui esercizio è o può essere continuato senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo ». La legge porge come esempi gli acquedotti, gli stillicidi, i prospetti. Ciò che caratterizza le servitù discontinue non è che esse si esercitino o che possano essere esercitate in modo continuo, ma che esse non hanno bisogno, pel loro esercizio, del *fatto attuale dell'uomo*. Che s'intende per *fatto attuale dell'uomo?* Non si vuol indicare con ciò quel fatto dell'uomo necessario perchè la servitù possa essere esercitata; le servitù che il codice annovera fra le discontinue richiedono tutte, per la loro costituzione, il fatto dell'uomo: è l'uomo che stabilisce l'acquedotto destinato a condurre le acque: è l'uomo che costruisce lo stillicidio o.l tetto da cui colano le acque piovane: è l'uomo che apre le finestre nel muro. Ma una volta compiuti questi lavori di costituzione, la servitù si esercita per sè stessa senza che l'opera dell'uomo sia più necessaria per quest'uso; senza mestieri del fatto dell'uomo l'acqua scorre nell'acquedotto, o cade dal tetto; senza alcun concorso dell'uomo l'aria e la luce penetrano attraverso le finestre (1).

L'espressione dunque di servitù continua mal risponde alla idea che è destinata ad esprimere. Infatti la parola *continuo* include un concetto di continuità e sembra escludere qualunque intermittenza; e tuttavia la definizione medesima data dal codice civile prova che tale non è il significato della servitù continua. Vi sono servitù il cui uso è continuo; tali le servitù negative di non costruire, di non piantare, ovvero di non costruire oltre una determinata altezza. Ma vi sono altresì servitù il cui esercizio è intermittente; quando esse sono continue? L'articolo 688 risponde: quando l'esercizio può esserne continuato senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo. Tale è la servitù di stillicidio; essa si esercita senza il fatto dell'uomo, ma non si esercita continuamente. Bisogna dunque escludere l'idea d'un esercizio continuato ed attenersi al carattere essenziale delle servitù continue, cioè che si esercitano senza il fatto attuale dell'uomo.

127. Che si dovrà decidere se l'esercizio della servitù è interrotto per più o meno lunghi intervalli, e se il fatto dell'uomo è necessario per togliere l'ostacolo che cagiona questa interruzione? Una servitù di presa d'acqua è continua, quan-

---

(1) Demolombe, t. XII, p. 215, n. 708. Aubry e Rau, t. III, p. 66 e nota 3.

tunque l'acqua cessi di scorrere da una fonte. Il fatto dell'uomo è necessario per aprire la fonte; ma l'esercizio della servitù non consiste già nel fatto di aprire la sorgente, sibbene nel decorrere dell'acqua; ora l'acqua fluisce senza il concorso dell'uomo. Lo stesso accade per la servitù di veduta. Questa è costituita da un'apertura che procura l'aria e la luce, e che serve altresì a vedere; l'esercizio della servitù s'interrompe quando le finestre e le impannate sono chiuse; perchè ricominci, occorre il fatto dell'uomo che le apra; ma ciò non impedisce che la servitù di veduta sia continua, poichè essa non consiste nel fatto dell'uomo che apre le finestre e le impannate sibbene nell'esistenza medesima di queste aperture (1).

Per la servitù di veduta, vi è tuttavia qualche dubbio, secondo il rigore dei principii. Essa ha per obbietto, olmeno in parte, di vedere; per questo la legge qualifica finestre a *prospetto* quelle che sono destinate alla servitù. Ora, per vedere, occorre necessariamente il fatto attuale dell'uomo; dunque, secondo la definizione del codice, la servitù sarebbe discontinua, avendo per obbietto di vedere. Se ciò nondimeno il legislatore la colloca fra le servitù continue, è senza dubbio perchè il suo obbietto è principalmente di procurare l'aria e la luce; la *veduta* propriamente detta non è che l'accessorio.

128. A termini dell'articolo 688, sono servitù discontinue quelle che, per essere esercitate, hanno bisogno del fatto attuale dell'uomo: la legge porge come esempi i diritti di passare, di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo. Ciò che dunque caraterizza la servitù discontinua è che occorre il fatto dell'uomo, ogni qualvolta se ne voglia usare: se manca l'intervento dell'uomo, non può aversi esercizio della servitù (2). Si è preteso che queste servitù perdono il loro carattere di discontinuità e divengono continue quando si manifestano con segni apparenti. Tale sarebbe una servitù di passaggio che apparisce col mezzo di una porta o di una strada (3). Questa opinione, che trova qualche appoggio nell'antica giurisprudenza, è rimasta isolata. Essa è in opposizione col testo e con lo spirito del codice civile. La legge non ammette due specie di servitù discontinue; non ve n'è che una sola, e noi abbiamo detto or ora che è discontinua quella servitù che si esercita per sè medesima. Forse che una servitù di passaggio si esercita per sè stessa perchè vi è una porta che ne manifesta l'esistenza?

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 66, e nota 6, e le autorità che vi sono citate. Vedi sopratutto la sentenza di Cassazione del 5 dicembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 22). Bruxelles, 29 giugno 1825 (*Pasicrisie*, 1826, p. 217).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 67 e nota 7; e le autorità che sono ivi citate.

(3) Taulier, t. II, p. 438 e 439. Confronta Toullier, sull'antico diritto, t. II, p. 286, n. 622.

Con ciò si confondono le opere che costituiscono talune servitù continue coi segni che manifestano una servitù discontinua. Le vedute suppongono delle aperture praticate in un muro; e dal momento che vi è una finestra a prospetto, la servitù si esercita per sè medesima, senza che l'uomo vi debba intervenire; ed è per questa ragione che la legge la chiama continua. Quando un passaggio si manifesta con una porta, la servitù è apparente, dice l'art. 689; quantunque questo segno esteriore sia permanente, non ne risulta che la servitù si eserciti per sè stessa; si potrebbe mai comprendere l'esercizio del diritto di passaggio senza il fatto di passare? Se non ostante l'esistenza di opere esterne, la servitù di passaggio richiede il fatto dell'uomo ogni qualvolta se ne usi, questa servitù rimane discontinua. La giurisprudenza è in questo senso (1). Fu sostenuto che la servitù di passaggio cessa di essere discontinua quando il proprietario del fondo dominante possiede la chiave della porta che dà ingresso sul luogo in cui il passaggio si esercita, poichè col mezzo di questa chiave la servitù può esercitarsi in qualsivoglia momento. Ma è sufficiente di leggere la definizione delle servitù discontinue data dall'art. 688 per convincersi che ciò è un errore: basta forse il possesso di una chiave perchè la servitù si eserciti da per sè stessa? (2).

N. 2. — Applicazione.

129. La distinzione tra le servitù continue e discontinue ha una capitale importanza per ciò che riflette l'acquisto delle medesime: le servitù discontinue non possono costituirsi che per titolo, mentre le servitù continue, quando sono nel contempo apparenti, s'acquistano col possesso di trent'anni e con la destinazione del padre di famiglia (art. 690-692). Esporremo più innanzi i motivi di questa teoria.

Da ciò risulta un'altra differenza egualmente importante; le servitù continue ed apparenti potendo costituirsi per titolo attribuiscono a colui che le esercita almeno da un anno le azioni possessorie, quando il possesso è pacifico e a titolo non precario (cod. di proced. art. 23). Le servitù discontinue invece, non possono essere oggetto di un'azione possessoria, poiche la legge presume che siano esercitate a titolo precario, per tolleranza di buon vicinato; è per questa ragione che non si possono acquistare con la prescrizione e con la destinazione del padre di famiglia, e questa medesima ragione esclude le azioni possessorie. Noi ci limitiamo a stabilire il principio, non entrando questa materia nell'obbietto del nostro lavoro (3).

---

(1) Sentenza del 24 novembre 1835 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1117, 1.°).
(2) Grenoble, 3 febbraio 1849 (Dalloz, 1849, 2, 235).
(3) Noi citeremo le sentenze le più recenti. Sentenza di rigetto del 7 luglio 1852 (Dalloz, 1852, 1, 167) e del 26 dicembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 221). Sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 1.° dicembre 1864 (*Pasicrisie*, 1875, 1, 7).

Vi è pur differenza tra le servitù continue e discontinue, in quanto concerne l'estinzione pel non uso. Per le discontinue, la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui si è cessato di goderne; per le continue invece, da quello in cui si sia compiuto un atto contrario alla servitù (art. 708). Avremo occasione di ritornare se questo punto.

130. Siccome il modo d'acquisto della servitù dipende dall'essere le medesime continue o discontinue, insorgono spesso controversie sulla questione di sapere se una servitù appartenga alla prima od alla seconda specie. Per talune servitù, il dubbio non è possibile. Tali sono le servitù che consistono nel non costruire, ovvero nel non costruire oltre una data altezza; il diritto spettante al proprietario di una casa di tenere appoggiata una trave al muro del vicino, o quello di far sporgere la sua galleria, il suo balcone o il suo tetto sul fondo confinante. Simili servitù si esercitano per sè medesime, e sono quindi continue. La legge colloca in questa specie anche le vedute. Quando esse si esercitano mediante aperture praticate in un muro, non vi è alcun dubbio. Che bisogna decidere se la veduta si esercita per mezzo di una terrazza o piattaforma artificialmente costruita sul fondo dominante? Forse che questa servitù è continua? si acquista con la prescrizione? dà luogo ad una azione possessoria? Vi è una seria ragione di dubbio. Una servitù di veduta consiste essenzialmente in ciò che l'edificio dominante può per la medesima ricevere l'aria e la luce, mentre una terrazza non serve invece a tal uopo, sibbene soltanto a facilitare la veduta e ad estenderla. Non è questa una servitù di prospetto? La Corte di cassazione ha deciso che fosse una servitù di veduta, continua, prescrittibile, e protetta da un'azione possessoria (1). Essa si fonda sull'art. 678. Questo articolo determina la distanza che si deve osservare perchè si possano avere vedute dirette o *finestre a prospetto, balconi o altri simili sporti* sul fondo vicino. Da ciò risulta che, secondo il linguaggio del legislatore, s'intendono per vedute non solamente le aperture per le quali l'aria e la luce penetrano in un edificio, ma altresì le finestre destinate a procurare una veduta più o meno estesa, i balconi, ed altri simili sporti, il cui unico obbietto è di permettere a coloro che abitano il fondo dominante di portare la veduta sul fondo serviente. Dal momento dunque che vi è veduta, in qualuque modo essa si eserciti, la servitù esiste, e la legge colloca questa servitù fra le continue. Ciò non è affatto in armonia con le definizioni del codice; una terrazza non serve a nulla senza il fatto attuale dell'uomo; il fondo dominante non riceve maggior copia d'aria e di luce che se la terrazza non esistesse; non servendo

---

(1) Sentenza di rigetto della Sezione civile del 28 dicembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 163). Aubry e Rau, t. III, p. 66 e nota 5.

che a vedere la servitù dovrebbe essere classificata tre le discontinue; ma gli articoli 678 e 688 decidono la questione in senso contrario. A nostro parere, è questa una inconseguenza, che esiste anche, come lo abbiamo notato, per la servitù di veduta (n. 127).

Fu giudicato, al contrario, che la servitù di prospetto è discontinua. Il codice civile non parla di questa servitù; e siccome essa non è definita nè classificata dalla legge, bisogna consultare la tradizione. Ora, dice la Corte di Orléans, la servitù di prospetto è stata sempre annoverata tra le discontinue; essa consiste infatti nell'impedire al proprietario del fondo serviente di costruire sul suo fondo e di farvi piantagioni che possano nuocere alla libertà di veduta del fondo dominante (1). È la servitù di non costruire, con maggiore estensione; ora la servitù di non costruire, di non piantare non è forse continua? Dunque la servitù di prospetto dovrebbe essere altresì classificata tra le servitù continue. Ecco, a nostro avviso, una nuova inconseguenza. La servitù di veduta che si esercita mediante balconi e terrazze non serve che a vedere, non altrimenti che la servitù di prospetto; questi diritti non differiscono in realtà che per la loro estensione; ora, l'estensione nulla muta alla natura della servitù. Richiede essa, pel suo esercizio, il fatto attuale dell'uomo? Sarà discontinua. Tali sono il diritto di prospetto e il diritto di veduta che si esercita da una terrazza: entrambi dovrebbero dunque essere annoverati tra le servitù discontinue. Che se gli articoli 678 e 688 ci obbligano a considerare la servitù di veduta, anche esercitata da una terrazza, come una servitù continua, bisogna dire altrettanto della servitù di prospetto, poichè le due servitù, identiche nella loro essenza, non differiscono che per la loro estensione.

131. L'art. 688 colloca tra le servitù continue gli acquedotti, che d'ordinario diconsi servitù di presa d'acqua. Noi abbiamo già detto che il modo d'esercitare questa servitù nulla muta alla sua natura: vi sono prese di acqua che si fanno solamente in determinate ore, il mattino e la sera, ovvero ogni due giorni, o in un giorno stabilito della settimana; quando l'uso del diritto è intermittente, occorre il fatto dell'uomo per aprire il canale che era stato chiuso mentre la servitù non si esercitava. Ciò non impedisce che la servitù sia continua poichè si esercita senza il fatto dell'uomo, una volta che l'ostacolo è tolto (n. 127). Tuttavia l'applicazione di questo principio ha dato luogo ad una difficoltà. Si domanda se il diritto di far scorrere su i fondi inferiori le acque di uno stagno per procedere alla pesca sia una servitù continua. La questione è stata decisa negativamente in materia di azione possessoria; sembrava al tribunale che l'uso di

(1) Orléans, 24 dicembre 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1019).

un diritto il quale non si esercita che ogni biennio non costituisse una servitù continua, e non potesse formare obbietto di una azione possessoria, la quale esige un possesso annale. La sentenza fu cassata. Il tribunale aveva perduto di vista la definizione del codice: lo scolo delle acque dello stagno esige il fatto attuale dell'uomo? Ecco il solo punto che occorreva di esaminare, e la negativa non è dubbia secondo i principii che abbiamo stabiliti, d'accordo con la dottrina e la giurisprudenza. È vero che per far scorrere le acque dello stagno bisogna togliere la chiusa, ma ciò accade pure per qualunque presa di acqua che non si faccia in modo permanente. Aprire la cateratta è un fatto passeggiero; dal momento che la chiudenda è sollevata, le acque scorrono senza l'opera dell'uomo, poichè defluiscono per legge di natura (1).

132. La servitù di scolo delle acque domestiche ed industriali è continua o discontinua? La si dice servitù di condotta, perchè le acque sono trasmesse al fondo vicino mediante un condotto con tubi in declivio. Qui vi è un dubbio serio. In apparenza, la servitù di condotta ha il medesimo carattere che la servitù di acquedotto, dal codice annoverata tra le servitù continue. Una volta versate nel condotto, le acque fluiscono senza il fatto dell'uomo, come scorrono dal canale, non appena questo sia aperto. Ma l'analogia non è che apparente. Quando il canale è aperto, l'uomo non interviene se non per togliere quell'ostacolo che egli stesso ha creato; quanto alle acque, esse scorrono senza che occorra l'opera sua e sarebbero defluite continuamente se egli non le avesse fermate. Ben diversamente avviene per la servitù di condotta: qui, perchè le acque scorrano è necessario il fatto dell'uomo; senza l'uso domestico, senza l'industria, non vi sarebbero acque domestiche ed industriali. Occorre in seguito che queste acque siano versate nel condotto, altro fatto dell'uomo che deve rinnovarsi ogni qualvolta si esercita la servitù. Ecco sicuramente i caratteri della discontinuità. La giurisprudenza è concorde su questo punto, non così la dottrina (2).

133. Non vi sono questioni che appassionino maggiormente i litiganti quanto le cause concernenti le servitù; anche le più evidenti vengono portate innanzi alla Corte di cassazione. A maggiore ragione devesi quindi insistere sulle applicazioni, perchè servono a mettere in evidenza i principii. Uno stabilimento per la lavatura delle lane è costruito sulla sponda di un canale; il lavaggio si fa col mezzo di un canestro mobile, abbassato e mantenuto

---

(1) Sentenza di cassazione del 18 luglio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 296).

(2) Aix, 31 gennaio 1838 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1117, 3.°). Sentenza di rigetto del 19 luglio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 479). In questo senso, Aubry e Rau, t. III, p. 67 e nota 9. In senso contrario, Demolombe, t. XII, p. 217, n. 712. Liegi, 5 gennaio 1865 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 152).

momentaneamente nell'acqua con l'aiuto di una carrucola fissa al balcone. Si tratta di una servitù discontinua? Sì, dice la Corte di cassazione, poichè il movimento ascendente e discendente del canestro che si abbassa nell'acqua, indi è risollevato fino al balcone per deporvi la lana lavata e ricevere di nuovo la sporca, esige il fatto attuale ed incessante dell'uomo (1). Vi è tuttavia un motivo di dubbio. La servitù consiste nel lavare le lane nell'acqua altrui; ora le lane non si lavano da per sè stesse, una volta che sono nel canestro, non differentemente di quanto accade per la veduta la quale si esercita da sè medesima quando le impannate sono aperte, o per l'acqua dello stagno la quale da sola defluisce quando la cataratta è sollevata? No, vi è piuttosto analogia con lo scolo delle acque domestiche. Ogni volta che il canestro discende occorre il fatto dell'uomo perchè si riempia di lana sporca; gli è dunque come se l'uomo lavasse, e per conseguenza sarà necessario il fatto attuale dell'uomo per l'esercizio della servitù, il che decide la questione.

134. Un comune è solito, da tempo immemorabile, di stabilire il suo campo di fiera sul terreno di un privato, dopo la raccolta delle messi. Fu giudicato che esso non aveva acquistato tale diritto colla prescrizione, trattandosi di una servitù discontinua. La questione presentava molte difficoltà. Si domandava se il diritto del comune di tenere la sua fiera sul terreno di un privato non dovesse considerarsi come un diritto di comproprietà. È certo che potrebbe essere una comproprietà; ma l'uso annuale del fondo per uno scopo particolare era sufficiente all'acquisto della proprietà? No, poichè la proprietà non consiste nel fare un uso determinato di una cosa, ma nel goderne e disporne nella maniera più assoluta. Dunque il possesso non poteva essere invocato come fondamento del diritto di proprietà. Non era neppure una servitù reale, poichè il possesso era discontinuo. E poi può esservi servitù senza un fondo dominante? e dov'è nella specie il fondo dominante? Il diritto essendo esercitato da un comune, corpo morale, non si poteva dire che fosse un diritto d'uso? La Corte respinse questa interpretazione, poichè il diritto in questione non presentava alcun carattere del diritto d'uso, così come è consacrato dal codice civile (2). È vero; ma la giurisprudenza e la dottrina ammettono che possano esservi altri smembramenti della proprietà oltre quelli previsti testualmente dal codice. Se si consente in questa opinione, avrebbe dovuto decidersi, ci sembra, che, nella specie, vi fosse uno di quei diritti d'uso che si dicono irregolari, poichè derogano al codice. Noi abbiamo esaminata altrove la questione di massima (3).

(1) Sentenza di rigetto del 1.° giugno 1864 (Dalloz, 1864, 1, 339).
(2) Sentenza di Riom del 3 dicembre 1844 (Dalloz, 1846, 2, 88). Confronta sentenza di rigetto del 2 aprile 1856 (Dalloz, 1856, 1, 250).
(3) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 108.

§ III. — *Delle servitù apparenti e non apparenti.*

N. 1. — Definizione.

135. « Le servitù apparenti son quelle che si manifestano con *opere* esteriori, come una porta, una finestra, un acquedotto. Le servitù non apparenti son quelle che non hanno *segni* visibili della loro esistenza, come per esempio, la proibizione di fabbricare sopra un determinato fondo, o di non fabbricare che ad una altezza stabilita ». Vi è una differenza di redazione nelle due definizioni scritte nell'art. 689. La legge nel definire le servitù apparenti richiede *opere* esterne, mentre sembra accontentarsi di *segni* esteriori, quando definisce le servitù non apparenti. Si è d'accordo nell'ammettere quest'ultima espressione come la più ampia; e si dice che tale apparisce il concetto definitivo della legge, poichè essa ripete la parola *segni* nell'art. 694 (1). Questa interpretazione presenta gravissimi dubbi. La legge non si limita a definire le servitù apparenti, esigendo delle opere esterne, essa porge esempi che spiegano il suo concetto; ora, le *porte,* le *finestre,* gli *acquedotti* sono ben più che semplici segni, sono vere opere, vale a dire lavori che hanno un carattere di permanenza, di perpetuità. Ciò risponde anche meglio allo spirito della legge. Le servitù debbono essere apparenti perchè possano acquistarsi con la prescrizione e con la destinazione del padre di famiglia; in entrambi i casi, importa che l'attenzione del proprietario del fondo serviente sia desta, affinchè possa opporsi alle imprese del suo vicino. Non è dunque l'espressione più ampia che bisogna scegliere, ma piuttosto quella che favorisce la libertà dei fondi. Quanto all'articolo 694, bisogna escluderlo, poichè prevede un caso affatto speciale.

136. E' necessario che le opere siano fatte sul fondo serviente? L'art. 689 non lo esige, e se bisogna restringere la servitù, nell'interesse della libertà dei fondi, non si può neppure aggiungere alla legge esagerando il suo rigore. La distinzione delle servitù apparenti e non apparenti è stabilita per determinare il modo d'acquisto delle servitù; queste ultime non si acquistano con la prescrizione nè con la destinazione del padre di famiglia. Perchè? Per la ragione che, in caso di prescrizione, non si può affatto rimproverare al proprietario del fondo dominante di non essersi opposto all'esercizio della servitù allorchè egli non vede alcuna opera che ne manifesti l'esistenza;

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 67 e note 10 e 11, e le autorità che vi sono citate. Vi è una sentenza in questo senso di Bourges del 13 dicembre 1825 (Dalloz, alla parola *Servitude,* n. 1028).

ora, egli s'accorge che il suo vicino vuole esercitare una servitù soltanto quando costui costruisce sopra il suo fondo delle opere che la manifestino chiaramente; quando, per esempio, il proprietario di un muro vi pratica delle finestre che si aprono; in questo caso, i lavori non possono farsi che sul fondo dominante. La destinazione del padre di famiglia si fonda sull'intenzione delle parti contraenti; perchè questa intenzione possa supporsi, occorre che un segno esteriore colpisca il loro sguardo; poco importa del resto su quale fondo questo segno si trovi, purchè sia visibile per tutti e specialmente per colui sul cui fondo verrà a gravare il nuovo peso. L'apparenza è adunque la cosa essenziale (1).

N. 2. — Applicazione.

137. Abbiamo detto che le servitù apparenti s'acquistano soltanto con la prescrizione e con la destinazione del padre di famiglia, quando sono nel tempo istesso continue; mentre le servitù non apparenti si acquistano solo per titolo (articoli 690 e 691). Per conseguenza, le prime soltanto conferiscono le azioni possessorie. Bisogna qui applicare ciò che abbiamo detto intorno alla distinzione delle servitù continue e discontinue (n. 129). La classificazione ha provocato controversie giudiziarie, ma a differenza di quanto accade per la continuità, l'apparenza non dà luogo a difficoltà di qualche importanza.

138. Il codice colloca la servitù di veduta tra le servitù apparenti perchè questa si manifesta con una finestra (art. 689). Se ne concluderà che qualunque apertura in un muro costituisca il segno esteriore di una servitù di veduta? No; le aperture cui si dà ordinariamente il nome di *luci* sono praticate in virtù del diritto di proprietà; quando dunque sono costruite secondo le prescrizioni della legge, esse non manifestano una servitù (articoli 676 e 677). È sufficiente che non siano conformi alle disposizioni del codice perchè vengano fatte a titolo di servitù? Noi abbiamo esaminato più addietro siffatta questione (n. 60). E' certo che una servitù di veduta non può acquistarsi con la prescrizione se non quando è apparente; occorre dunque che i lavori esterni palesino l'intenzione d'acquistare una veduta, altrimenti non vi potrebbe essere prescrizione. E' stato deciso che il surrogare invetriate mobili ad invetriate fisse nulla innovasse ai segni esterni della servitù, che questo mutamento aveva potuto operarsi senza che il vicino se ne fosse accorto, che per conseguenza non vi poteva essere prescrizione (2). La contro-

---

(1) Demolombe, t. XII, p. 223, n. 718 e p. 222, n. 715. Aubry e Rau, t. III, p. 68 e note 12 e 13.

(2) Sentenza di rigetto del 1.° marzo 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, numero 1099).

versia è piuttosto di fatto che di diritto. Se le luci hanno una invetriata fissa, vale a dire sono costruite in modo che non possano aprirsi, e se vengono surrogate da finestre che si aprono, è difficile ammettere che il vicino non se ne accorga. Tuttavia spetta al giudice di decidere secondo le circostanze del fatto.

Si legge in una sentenza della Corte di Liegi che la servitù di *luce* è sempre occulta (1). A vero dire, nel nostro diritto moderno non vi è servitù di luce. Se le aperture non danno che la *luce,* rientrano nelle servitù che il codice dice legali; ciò non è se non l'esercizio del diritto di proprietà, il che esclude qualunque idea di servitù. L'apertura praticata in un muro non diviene una servitù a carico del fondo vicino se non quando è fatta all'infuori delle condizioni prescritte dalla legge; allora assume il nome di *veduta.* Non può adunque nel nostro diritto esser questione d'altro che di una servitù di veduta, la quale si manifesta con finestre a prospetto.

139. La medesima sentenza della Corte di Liegi decide che la servitù di prospetto è una servitù non apparente. È vero che questa servitù non può esistere in favore di un edificio se non quando vi si trovino finestre a prospetto; ma le finestre non bastano, perchè vi sia un segno di servitù; se sono aperte alla distanza legale esse non costituiscono altro che l'esercizio del diritto di proprietà, ciò che non impedisce che il proprietario della casa non possa avere la servitù di prospetto, poichè questa consiste nel non fare cosa alcuna che possa molestare la veduta o renderla meno piacevole; ma egli non potrà averla che in virtù di un titolo, giacchè nessun segno ne manifesta l'esistenza. Che se le finestre sono costruite ad una distanza minore di quella legale, esse sono il segno d'una servitù di veduta; ma una servitù di veduta non è una servitù di prospetto; questa, per sua natura, non può manifestarsi con un segno esterno.

140. La servitù di stillicidio è apparente? Può esserlo, ed ordinariamente lo è, perchè si manifesta con segni esteriori, la costruzione del tetto e le grondaie. Può darsi altresì che sia apparente. Il caso si è presentato innanzi alla Corte di cassazione in una specie notevole. Vi erano sul fondo dominante dei piccoli canali scavati nella pietra da taglio, che conducevano le acque piovane e le domestiche verso un foro destinato a riceverle; colà esse scomparivano sotto il lastricato, e prendevano una direzione sotterranea. Era constatato che penetravano nel fondo del vicino passando sotto il muro comune e si riversavano, sempre sotterraneamente, nella latrina di questo. Da tali fatti si deduceva che la servitù reclamata non poteva acquistarsi con la prescrizione, poichè il possesso mancava della pubblicità voluta dalla legge. Per vero, vi erano delle opere

(1) Liegi 1.° febbraio 1862 (*Pasicrisie,* 1863, 2, 242).

esterne, i piccoli canali che ricevevano le acque, ma nulla indicava che le acque fossero da questi trasmesse nel fondo del vicino (1).

141. Una servitù di presa d'acqua viene esercitata col mezzo di un diversivo. Essa è continua; ma in una specie che si è presentata innanzi alla Corte di cassazione, fu deciso che non fosse apparente. Le inchieste constatavano che la cataratta si componeva di tre piastre isolate che si collocavano a mano d'uomo, ora due, ora tre; quando esse non funzionavano, rimanevano, senza alcuna norma, sulla chiusa. La Cassazione ha osservato che dal fatto che se ne impiegassero ora due, ora tre, non si poteva conchiudere contro l'apparenza della servitù; da ciò risultava soltanto che vi era un riflusso più o meno considerevole delle acque secondo i bisogni dell'officina a vantaggio della quale la presa veniva esercitata. Esisteva pur sempre un diversivo che si appalesava mediante opere esterne le quali non lasciavano alcun dubbio sulla loro destinazione: il che bastava per costituire l'apparenza richiesta dalla legge (2).

142. La servitù d'inondazione o di sommersione può acquistarsi con la prescrizione? Essa è continua, poichè si esercita senza il fatto attuale dell'uomo: affinchè essa sia apparente, occorre che vi siano opere esterne le quali abbiano per obbietto l'esercizio medesimo delle servitù. Così decise la Corte di Montpellier contro la compagnia del canale del Mezzogiorno (3). Questa reclamava la servitù come acquisita con la prescrizione; non invocava altro segno indicante l'esistenza di una servitù se non la situazione del canale relativamente ai terreni limitrofi; ciò sarebbe tutto al più un *segno*, non certamente un'*opera*. Si vede da questa specie quanto sia necessario di attenersi al testo dell'art. 689, che richiede delle *opere* esterne perchè la servitù sia apparente.

§ IV. — *Delle servitù positive e negative.*

143. Le leggi romane dicono che qualunque servitù consiste, da parte del proprietario del fondo serviente, nel soffrire o nel non fare. Sono chiamate quindi servitù positive o affermative quelle che obbligano il fondo serviente a soffrire qualche cosa; e si dà il nome di negative a quelle che obbligano il proprietario del fondo serviente a non fare qualche cosa. Le servitù di non costruire, ovvero di non costruire oltre una determinata altezza sono servitù negative; mentre le servitù di vedere, di pas-

(1) Sentenza di Poitiers del 4 maggio 1864, confermata da una sentenza di rigetto del 19 giugno 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 478).
(2) Sentenza di cassazione del 4 gennaio 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 79).
(3) Sentenza di rigetto del 4 giugno 1852 (DALLOZ, 1854, 1, 154).

sare, di attingere acqua sono servitù positive. Da queste definizioni si deduce che tutte le servitù negative sono continue; infatti, consistendo esse nel non fare, non richiedono certamente il fatto attuale dell'uomo per essere esercitate (1).

Demolombe dice che questa distinzione è puramente teorica (2). Certamente essa è dottrinale, poichè non è stabilita dalla legge; ma non è senza utilità pratica per quanto concerne l'acquisto del possesso delle servitù. Noi ritorneremo su questo punto trattando della costituzione delle servitù per effetto del possesso trentennale.

Sezione II. — Come si costituiscono le servitù.

144. Il codice civile ammette tre modi di costituzione delle servitù pel fatto dell'uomo: il titolo, il possesso trentennale e la destinazione del padre di famiglia (art. 690 e 692). Ve n'ha forse un quarto? Pardessus dice che il giudice può talvolta creare e stabilire servitù che ancora non esistevano (3). Ma la dimostrazione che egli dà del suo assunto prova che veramente le servitù non si costituiscono in forza d'una sentenza; esse risultano da un concorso di consenso volontario o forzato che il giudice non fa che constatare. Ciò non presenta alcun dubbio se si considerino tanto i principii che regolano le servitù, quanto la missione del potere giudiziario (4). Le servitù sono uno smembramento della proprietà; eppertanto, come dimostreremo, esse non possono essere costituite che dal proprietario il quale abbia la capacità di alienare. I tribunali sono forse proprietari? La legge attribuisce forse ai medesimi il diritto di alienare in tutto od in parte i fondi dei privati?

Si supponga una divisione giudiziale. In conseguenza della composizione delle quote, uno dei fondi si trova intercluso; i periti propongono di stabilire un passaggio alla via pubblica attraverso il terreno contiguo. E' questa forse una servitù giudiziale? No certamente, poichè la divisione che si fa per mezzo del magistrato è un contratto giudiziario, il quale include quindi un concorso di volontà, ciò che rende la servitù convenzionale. Sarebbe lo stesso se un atto di divisione stragiudiziale non facesse alcuna menzione di un passaggio a profitto della quota da ogni parte circondata; il proprietario non avrebbe meno il

---

(1) Duranton, t. V. p. 526, n. 497. Aubry e Rau, t. III, p. 68 e note 14 e 15.

(2) Demolombe, t. XII, p. 228, n. 772. Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 68 e nota 14.

(3) Pardessus, t. II, p, 65, n. 273. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 232, n. 346.

(4) Demolombe, t. XII, p. 233, n. 732. Aubry e Rau, t. III, p. 71, note 7 e 8. Confronta sentenza di rigetto del 1.° luglio 1857 (Dalloz, 1857, 1, 431).

diritto di reclamare un passaggio, il tribunale accordandoglielo non costituirebbe una servitù, non farebbe che riconoscere e constatare la volontà delle parti contraenti (1).

Il tribunale può ordinare altresì che talune parti del fondo, come il cortile e la porta per cui passano le vetture, rimarranno comuni tra i condividenti? La Cassazione ha giudicato che tal decisione non contravviene all'art. 815 che proibisce la comunione forzata, « poichè la comunione di talune parti degli oggetti divisi costituisce una servitù reciproca di uno dei proprietarii verso l'altro » (2). La sentenza solleva più di un dubbio. Anzitutto non è esatto il dire che la comunione forzata è una servitù: ciò è confondere la servitù con la comproprietà, come noi abbiamo detto altrove (3). Il giudice che mantiene la comunione coattiva di taluni obbietti, stabilisce dunque realmente una comunione perpetua, il che è certo in opposizione con l'art. 815. Sta alle parti di provvedere come meglio loro sembra nel caso in cui taluni oggetti che cadono nella comunione non possano essere divisi; la via legale, in questo caso, è la vendita agl'incanti e non la comunione forzata (art. 1686). In ogni ipotesi, non può farsi questione di servitù, poichè la comunione, fosse anche accompagnata da indivisione forzata, rimane una comproprietà, e l'esercizio della proprietà esclude qualunque idea di servitù.

Vi è un altro caso in cui la servitù sembra apparentemente costituita in forza d'una sentenza, quando cioè, dopo la vendita agl'incanti o la espropriazione, il giudice pronunzia l'aggiudicazione dell'immobile, sotto talune condizioni espresse nelle clausole del quaderno d'oneri. Se questi costituiscono delle servitù, esse trarranno origine, non già dalla volontà del giudice, ma dal consenso dei venditori che impongono il carico e da quello dell'aggiudicatario che lo accetta. Il giudice non può mai stabilire una servitù di suo arbitrio; egli è chiamato, non a creare dei diritti, ma a dichiarare quelli che risultano dagli atti giuridici intervenuti tra le parti contendenti.

§ I. — *Del titolo.*

145. A termini degli articoli 690 e seguenti, le servitù si acquistano tutte per titolo, siano esse continue o discontinue, apparenti o non apparenti. Qual valore dovrà darsi in queste disposizioni alla parola *titolo*? Simile espressione si trova

(1) Sentenza di rigetto 19 aprile 1842 della Sezione civile (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 980).

(2) Sentenza di rigetto del 21 agosto 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 33, 2.°).

(3) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 162.

pure nell'art. 695, e quivi la frase: *titolo costitutivo della servitù,* essendo opposta all'altra: *titolo ricognitivo della servitù,* significa evidentemente un atto autentico od una scrittura privata che constatino la costituzione della servitù. Quando si prende la parola *titolo* in questo significato, si fa distinzione fra titolo gratuito e titolo oneroso. In diritto francese vi sono due titoli gratuiti, la donazione e il testamento; i titoli onerosi più usuali con cui si costituisce una servitù sono la vendita e il testamento. Nasce ora la questione di sapere se, per la validità o per l'esistenza della servitù, occorra, oltre il fatto giuridico che la produce, un atto od una scrittura. Per risolverla, bisogna distinguere la costituzione della servitù tra le parti ed il suo effetto riguardo ai terzi.

N. 1. — Forme.

I. — Tra le parti.

146. Quando la servitù è costituita a titolo gratuito, è certo che occorre un atto. Infatti la donazione è un contratto solenne, che non prende esistenza se non quando fu ricevuta da un notaio, secondo le forme prescritte dalla legge; l'inosservanza di queste formalità fa sì che la donazione non abbia alcun effetto, o sia considerata come inesistente. Se dunque una servitù è costituita con una donazione nulla in quanto alla forma, la servitù non esiste. Si applicano allora i principii che regolano gli atti non esistenti, principii che noi abbiamo più volte esposti (1), e sui quali ritorneremo al titolo delle *Obbligazioni.* Lo stesso è a dirsi se la servitù è costituita per testamento, poichè anche il testamento è un atto solenne, che richiede per la sua esistenza talune formalità, come esporremo al titolo delle *Donazioni.*

147. I contratti a titolo oneroso, come la vendita e la divisione, che servono ordinariamente alla costituzione delle servitù, non sono contratti solenni, vale a dire che esistono indipendentemente dalla scrittura la quale non vale che come mezzo di prova. Perciò la vendita è perfetta, e produce tutti i suoi effetti tra le parti contraenti, dal momento che vi è concorso di consenso sulla cosa e sul prezzo; la scrittura, se le parti ne hanno stesa una, non ha per obbietto che di provare la vendita; ma la prova può darsi altresì cogli altri mezzi legali, come i testimoni, le presunzioni, la confessione ed il giuramento. Tali sono i principii generali: gli articoli 690 e 691 vi hanno forse derogato nel senso che sia necessaria una scrittura per la esistenza o validità d'una servitù?

---

(1) Vedi il t. I dei miei *Principii,* n. 71; t. II, nn. 269-280; t. IV, nn. 58-61, e nn. 224-226.

Così enunciata, la questione non può essere dubbia. Siccome la vendita è perfetta, di regola, col solo consenso delle parti, sarebbe mestieri di una eccezione scritta nella legge perchè si rendesse necessaria una scrittura quando obbietto d'una vendita è una servitù. Ora non vi è eccezione nè nel testo, nè nello spirito della legge. L'art. 690 dispone che le servitù continue ed apparenti s'acquistano col *titolo* o col possesso trentennale, vale a dire con la prescrizione. Siccome la parola *titolo* ha due significati, può sostenersi che in questo punto della legge essa voglia indicare una scrittura, come può pure affermarsi che sia invece presa nel senso di un fatto giuridico purchessia. E perchè il testo del codice lascia la questione insoluta, bisognerà consultare lo spirito della legge. È stato detto forse nei lavori preparatori che sia necessaria una scrittura perchè una servitù esista? No. Risulta ciò dalla natura della servitù? Neppure. Vi è forse una ragione qualsiasi perchè la servitù debba essere costituita con un atto scritto? Si può vendere un immobile del valore di centomila franchi con un contratto verbale, e non si potrebbe vendere verbalmente una servitù che ne vale cinquecento! Ciò condurrebbe a fare della servitù un contratto solenne. Ora, perchè vi sia contratto solenne, occorre un testo formale; questo testo fa difetto, il che è decisivo. L'art. 691 conferma questa interpretazione; esso prescrive che: « le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, siano o non siano apparenti, non possono stabilirsi che mediante un *titolo* ». Che significa qui la parola *titolo*? Il secondo alinea dell'articolo ce lo dice; esso soggiunge che il possesso benchè immemorabile non basta a stabilire queste servitù. La parola *titolo* è dunque adoperata in opposizione a *possesso* o a *prescrizione;* il che nulla ha di comune con la scrittura, ma riguarda unicamente il fatto giuridico che ingenera la servitù. Che se, nell'art. 691, la parola *titolo* significa fatto giuridico, deve avere il medesimo senso nell'art. 690, poichè i due articoli non formano che una sola disposizione. Vi è d'altronde una ragione perentoria perchè, nell'art. 690, alla parola *titolo* non possa attribuirsi il valore di atto o di scrittura. Se avesse questo significato, ne risulterebbe che la vendita di una servitù sarebbe un contratto solenne, il quale non potrebbe quindi essere provato nè per testimoni, nè colla confessione. Tuttavia, a termini dell'art. 690, le servitù continue ed apparenti si acquistano col possesso di trent'anni; ora il possesso ammette sempre la prova testimoniale. Se altrimenti fosse si dovrebbe concludere che non sia lecito di dare la prova che una servitù è stata venduta ancorchè vi fosse un principio di prova per iscritto; mentre si sarebbe invece ammessi a provare esclusivamente per testimoni che una servitù è stata acquistata con la prescrizione! Sol perchè la prescrizione basta per stabilire le servitù, è impossibile che la servitù sia un contratto solenne. Dunque tanto nell'art. 690, quanto nell'art. 691, la parola *titolo* non va intesa nel significato di scrittura.

148. Questa è l'opinione quasi unanime degli autori (1). Il solo Pardessus dice che, in generale, le servitù convenzionali debbono essere fondate sopra titoli, e che con questa parola si intende ogni *documento* atto a fornire una prova *scritta;* ma siccome egli non porge alcun motivo in appoggio di questo diverso parere, l'opinione sua è destituita di qualsiasi autorità. La giurisprudenza è scissa. In Francia, le Corti hanno sempre seguìta la opinione da noi sostenuta (2). Vi è in senso contrario una sentenza della Corte di Bruxelles, assai mal redatta (3). La Corte comincia collo stabilire il principio che il legislatore ha sottoposto l'acquisto delle servitù continue ed apparenti alle regole ordinarie circa l'acquisto dei diritti immobiliari. Quali sono queste regole? Noi le abbiamo riassunte; si possono formulare in una frase, cioè che i contratti a titolo oneroso, traslativi di diritti reali immobiliari, non sono contratti solenni; che essi esistono e sono pienamente validi, anche senza la formalità della scrittura. Applicando questo principio, non occorrerà quindi alcun atto scritto per la costituzione di una servitù. Sin qui la Corte di Bruxelles sembra pienamente d'accordo con noi. Ma dopo avere stabilito questo principio essa soggiunge che la parola *titolo* di cui si vale l'art. 690, non può essere intesa in significato diverso da quello di *prova per iscritto,* il che riesce a dire che occorre una scrittura per la costituzione di una servitù convenzionale. La contraddizione è completa, se si ha riguardo ai termini della sentenza. Forse la Corte non ha precisamente voluto dire ciò che apparisce dalle sue parole. L'appellante pretendeva che un segno apparente di una servitù potesse surrogare il titolo, pretesa questa affatto inammissibile; per respingerla, la Corte insiste sulla necessità di una prova scritta mentre bastava che avesse rinviato semplicemente ai termini della legge. Questa sentenza è rimasta isolata nel Belgio; la nostra Corte di cassazione si è pronunciata in favore dell'opinione generale, per la ragione determinante che i principii concernenti la prova debbono trovare applicazione, non avendovi menomamente derogato il codice al titolo delle *Servitù* (4).

In favore dell'opinione che noi combattiamo vi è pure un giudicato, assai migliore, dell'Alta Corte dell'Aia (5). Questa sostiene che la parola *titolo* significa in generale un atto od uno scritto, quantunque designi talvolta la causa o il fondamento

---

(1) Vedi gli autori citati da Aubry e Rau, t. III, p. 71, nota 1; e da Demolombe, t. XII, p. 231, n. 730. Confronta Pardessus, t. II, p. 3, n. 242.

(2) Sentenza di rigetto del 12 febbraio 1840 (Dalloz, alla parola *Communes*, n. 2076); una sentenza molto ben redatta della Corte di Agen in data 12 febbraio 1869 (Dalloz, 1870, 2, 115), e le sentenze citate appresso, p. 139, nota 1.ª.

(3) Bruxelles, 30 gennaio 1833 (*Pasicrisie,* 1833, 1, 269).

(4) Sentenza di rigetto del 26 dicembre 1868 (*Pasicrisie,* 1869, 1, 269).

(5) La Haye, 16 maggio 1852 (*Belgique judiciaire,* 1851, p. 1041).

giuridico di un diritto. Poichè la parola *titolo* ha due significati nel linguaggio del codice, rimane a vedere in qual senso l'art. 690 lo abbia adoperato. La sentenza pretende che il seguito dell'articolo decide la questione; le parole: « o col possesso di trent'anni », implicano, secondo la Corte, che per *titolo* la legge intende un atto scritto. L'argomento è debole e noi vi abbiamo risposto dianzi. Una sola disposizione può presentare qualche dubbio ed è l'articolo 695, che noi esamineremo in appresso.

149. Le conseguenze che discendono dall'opinione generale sono evidenti. Poichè la scrittura non serve che di prova, la servitù può essere dimostrata con ogni altro mezzo legale. La prova testimoniale sarebbe ammessibile se il prezzo di vendita non oltrepassasse centociquanta franchi. E se esistesse un principio di prova per iscritto, la prova per testimoni potrebbe essere accolta, qualunque fosse il valore della servitù (1). S'intende da sè che il principio di prova dovrebbe riunire le condizioni volute dall'art. 1347, poichè le regole sulle prove tracciate nel titolo delle *Obbligazioni* debbono essere applicate in materia di diritti reali, salvo che la legge non vi deroghi espressamente (2). La servitù potrebbe dunque essere ugualmente dimostrata col mezzo di presunzioni, con la confessione e col giuramento, di conformità ai principii generali che noi stabiliremo altrove.

150. Perchè la scrittura faccia prova della servitù, occorre che emani dal proprietario del fondo serviente. Se, in un atto di vendita, il venditore dice che il fondo gode di una determinata servitù sul fondo del vicino, questa enunciazione non farà prova della esistenza della servitù. L'art. 695 lo dice pel titolo ricognitivo, e ciò è vero altresì pel titolo costitutivo. Val dire che, siccome il riconoscimento di una servitù non può esser fatto che dal proprietario del fondo serviente, così egli solo può costituire una servitù; la scrittura proveniente da un terzo non può adunque valere a dimostrare che un fondo trovasi gravato da una servitù, poichè nessuno può crearsi un titolo da sè stesso (3). Nell'antico diritto, si ammetteva un'eccezione a questo principio, e si cita ancora oggidì il noto adagio: *in antiquis enuntiativa probant*. Avvertiamo subito che questa massima non ha il significato assoluto che le si suole attribuire. Come diremo al titolo delle *Obbligazioni*, le enunciative non facevano fede negli atti antichi se non quando avevano con sè il sussidio di un lungo possesso. Lo avverte Pothier parlando delle servitù.

---

(1) Parigi, 14 giugno 1843 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 977). Sentenza di rigetto del 16 dicembre 1863 (DALLOZ, 1864, 1, 215). Agen, 12 febbraio 1869 (DALLOZ, 1870, 2, 115). AUBRY e RAU, t. II, p. 76 e note 23 e 24.

(2) La Corte di cassazione del Belgio sembra dire il contrario nella sentenza del 26 dicembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, I. 280).

(3) POTHIER, *Introduction au titre* XIII *de la coutume d'Orléans*, n. 12.

« Quantunque, egli dice, il lungo esercizio non attribuisca diritto di servitù, nondimeno se la mia casa ha da lunghissimo tempo una veduta sulla casa vicina o che negli antichissimi contratti di acquisto fatti dai miei autori, sia enunciato che essa ha questa veduta, questi antichi contratti, coll'appoggio del mio possesso, faranno fede del diritto di veduta contro il proprietario della casa vicina, quantunque egli sia un terzo ed i suoi autori non siano stati mai parti in questi contratti » (1). Nel diritto moderno tale dottrina non ha più applicazione. Le enunciative che si trovano in un atto non fanno fede che tra le parti (art. 1320), nè si potrebbero mai invocare contro di un terzo. Senza dubbio, se l'atto è autentico, esso farà prova della verità di quelle dichiarazioni; in questo senso, non vi è alcuna differenza tra l'enunciazione e il dispositivo; ma le enunciative non possono opporsi a colui che non le ha espresse: ne abbiamo detto or ora la ragione. Per ammettere un'eccezione in favore delle antiche enunciative, occorrerebbe una disposizione espressa della legge: ora, il silenzio del codice basta perchè l'antico adagio debba considerarsi abrogato. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (2).

151. L'art. 695 prescrive: « Mancando il titolo costitutivo delle servitù che non possono acquistarsi con la prescrizione, non vi si può supplire che col mezzo di un titolo, il quale contenga la ricognizione della servitù stessa, fattane dal proprietario del fondo serviente ». Questa disposizione è redatta male; se ne trassero conseguenze che stanno in contraddizione coi principii, e nel vero senso che essa presenta è inutile. Che cosa è un titolo di ricognizione? Una scrittura con la quale le parti riconoscono l'esistenza di un diritto constatato da un atto anteriore che dicesi atto primordiale. Stando al testo dell'art. 696, il titolo primordiale che constata la costituzione di una servitù non potrebbe essere surrogato da un titolo di ricognizione. Così intesa, la disposizione non avrebbe senso: che vi può essere mai di comune fra un titolo di ricognizione e la natura delle servitù? Siano queste continue o discontinue, apparenti o non, il proprietario del fondo serviente può, in tutti i casi, riconoscere che il suo fondo è gravato da una servitù. Ciò non presenta l'ombra di un dubbio. Perchè dunque il codice dice: « quelle servitù che non possono acquistarsi con la prescrizione? ». Quando si tratta di servitù acquistabile con la prescrizione, non occorre affatto il titolo ricognitivo perchè la servitù

---

(1) Pothier, *Des obligations*, n. 740. Confronta una sapiente requisitoria di M. De Paepe, avvocato generale (*Belgique judiciaire*, 1871, p. 310), e Gand, 26 novembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 198).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 76, e nota 24. Demolombe, t. XII, p. 246, n. 752 e seguenti. Bordeaux, 14 gennaio e 28 maggio 1834 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 995 e 996).

può pur sempre provarsi col possesso, vale a dire per testi; mentre non è, in genere, ammessa la prova testimoniale per quelle servitù che non sono suscettive d'acquisto col mezzo della prescrizione, giacchè il valore del litigio oltrepassa ordinariamente i centocinquanta franchi. É quindi prudente che si provveda a far constatare la servitù per mezzo di una scrittura stendendo, al bisogno, un titolo di ricognizione (1).

Vuol dire ciò che la prova testimoniale non sia mai ammessibile allorchè si debba dimostrare l'esistenza d'una servitù? La Corte dell'Aia ha dedotta questa conseguenza dall'art. 695. Ma la conseguenza non può ammettersi, perchè l'articolo 695 non fa che applicare il diritto comune; ora, come si potrebbe comprendere che una disposizione la quale applica il diritto comune vi apporti una deroga? Bisogna dire di più: il testo medesimo del codice attesta che tale non è il significato dell'art. 695. Una servitù è costituita con un atto di vendita; la scrittura viene distrutta da un incendio. In virtù dell'art. 1348, n. 4, il proprietario del fondo dominante sarà ammesso a provare la vendita per testimoni (2). Non bisogna d'altronde trarre dalle leggi conseguenze cui il legislatore non ha potuto pensare quando le dettava. Qual'è l'obbietto dell'art. 695? Forse quello di decidere la questione se occorra una scrittura per provare una servitù? Niente affatto: la legge non concerne che l'atto di ricognizione; essa suppone dunque la esistenza di un atto primordiale; ora, supporre che esista un atto e dire che questo può essere surrogato da un atto di ricognizione, vuol forse dire che un atto sia necessario alla costituzione della servitù?

In conclusione, l'art. 695 è inutile; il riconoscimento è una confessione, e di certo la confessione constatata da una scrittura fa fede contro il proprietario del fondo serviente da cui emana. Il codice lo dice nell'art. 1356: « la confessione fa piena fede contro colui che l'ha fatta ». A che pro ripeterlo nell'articolo 695? Ragione di più per non dare a questa disposizione un significato ed un'importanza che essa non ha.

152. Un atto di ricognizione è una scrittura che constata un riconoscimento; quando si tratta d'una servitù, occorre dunque che contenga la confessione che un determinato fondo è gravato di un onere a vantaggio di un altro; se non vi è riconoscimento di una servitù anteriormente esistente, la scrittura non è un titolo di ricognizione (3). Ma se vi è confessione, essa sussiste e può essere invocata ancorchè contenuta in un atto

---

(1) DURANTON, t. V, p. 574, n. 565. DEMOLOMBE, t. XII, p. 247, n. 754. AUBRY e RAU, t. III, p. 75 e nota 18.

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 241, n. 355. DEMOLOMBE, t. XII, p. 248, n. 755.

(3) Bordeaux, 14 gennaio 1834 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 995).

giuridico che venisse poi revocato od annullato. Taluni eredi beneficiati vendono giudizialmente un immobile: nel quaderno d'oneri, essi riconoscono l'esistenza d'una servitù sull'immobile stesso: si fa l'aggiudicazione che vien poscia risoluta perchè viziata d'errore, e si procede ad un'aggiudicazione novella. Nel secondo quaderno degli oneri si trova egualmente una clausola concernente la servitù, ma meno esplicita della prima. È stato deciso che il riconoscimento fatto nella prima aggiudicazione sussistesse non ostante la risoluzione della vendita, essendo questa risoluzione affatto estranea alla confessione consegnata nel quaderno (1).

Perchè il riconoscimento surroghi il titolo costitutivo della servitù, occorre, in secondo luogo, che emani dal proprietario del fondo serviente (art. 695). Noi ne abbiamo detta la ragione: il solo proprietario poteva costituire una servitù, egli solo può riconoscerne l'esistenza (2). La citata sentenza ebbe a giudicare che l'erede beneficiato ha qualità per dichiarare la servitù; infatti, egli è proprietario e può alienare, sebbene si debbano osservare talune formalità prescritte nell'interesse dei creditori.

Occorre che vi sia concorso di volontà per potersi dir valido il riconoscimento d'una servitù? A rigor di principio, bisogna rispondere negativamente. La confessione non è un contratto, ma la constatazione di un fatto risultante dalla manifestazione unilaterale di chi fa un riconoscimento. Questo principio che noi dimostreremo al titolo delle *Obbligazioni* si applica al riconoscimento di una servitù, poichè l'art. 695 non vi deroga. Vi è una sentenza di rigetto che sembra richiedere l'accettazione della confessione perchè valga come titolo di ricognizione (3). Se tale fosse il senso della decisione, essa sarebbe contraria all'essenza medesima del riconoscimento: altro è costituire una servitù per contratto, altro riconoscere l'esistenza d'una servitù. Per la costituzione di una servitù occorre naturalmente il concorso delle due parti; mentre il riconoscimento è valido quando emana dal proprietario del fondo serviente, come dice l'art. 695. A vero dire la sentenza della Corte di cassazione non ha la portata che le si vorrebbe attribuire. Essa ha confermato una sentenza della Corte di Bordeaux; ora, i giudicati di rigetto implicano necessariamente che la sentenza confermata non ha commesso alcuna violazione di legge. Che cosa aveva deciso la Corte di Bordeaux? Essa aveva considerata la confessione come un principio di prova per iscritto, e l'aveva

(1) Sentenza della Corte della Réunion del 30 marzo 1855, confermata da una sentenza di rigetto dell'11 dicembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 79).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 75, e nota 19.

(3) Sentenza di rigetto del 16 dicembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 215). Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 76 e nota 21. Demolombe, t. XII, p. 252, n. 757 *bis*.

completata con la prova testimoniale, ma non aveva detto che la confessione non accettata altra forza probante non avesse che quella di un principio di prova; siffatta questione non era stata dunque sottoposta alla Corte suprema, e non ha quindi potuto essere da questa risoluta.

152 *bis*. L'atto di conferma dev'essere redatto nelle forme prescritte dall'art. 1337? In generale si ammette la negativa, fondandola però sopra una ragione punto valida. Una sentenza della Corte di cassazione dice che l'art. 695, speciale per le servitù, esclude l'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 1337 sui titoli di ricognizione in generale (1). Il ragionamento è erroneo. Il codice stabilisce le regole concernenti le prove al titolo delle *Obbligazioni;* è principio che queste regole sono generali e ricevono la loro applicazione in materia di diritti reali. Bisognerebbe dir dunque che le forme prescritte dall'art. 1337 per la validità di un titolo di ricognizione debbono essere osservate in tutti i casi in cui una confessione è constatata per iscritto. Ma al principio che noi abbiamo menzionato deve apportarsi una restrizione. Siccome il codice traccia le regole sulle prove nel titolo delle *Obbligazioni,* esso le adatta alla materia di cui si occupa; bisogna dunque vedere se le formalità che esso stabilisce non abbiano la loro unica ragione di essere nei diritti di credito che sono constatati dall'atto. Ora, questo è precisamente il senso dell'art. 1337. Trattando delle *Obbligazioni* dimostreremo come quella disposizione deroga ai principii generali; esso costituisce un'eccezione la quale non si spiega che per ragioni storiche; lungi dal considerarla con una regola generale, bisogna dunque limitarla e restringerla. Il vero principio generale è stabilito dall'art. 1356, a termini del quale la confessione forma piena prova contro colui che l'ha fatta; dal momento che una scrittura constata una confessione, tutto è deciso.

153. Si domanda se l'art. 2263 sia applicabile in materia di servitù; esso prescrive: « che dopo ventotto anni dalla data dell'ultimo documento, il debitore di una rendita può essere costretto a somministrare a proprie spese un nuovo documento al suo creditore o agli aventi causa da lui ». La questione non dovrebbe essere neppure enunciata. Basta leggere l'art. 2263 per convincersi che esso nulla ha di comune con le servitù; il testo parla del debitore di una rendita ed una servitù non è certo una rendita. I motivi di questa disposizione sono ancora più estranei alle servitù. Quando io sono creditore di una rendita, corro il rischio di perdere il mio diritto con la prescri-

(1) Sentenza di rigetto del 16 novembre 1829 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 997. Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 75 e nota 20: DEMOLOMBE, t. XII, p. 250, n. 757. In senso contrario, MOURLON, t. I, p. 807, nota 1.

zione, ancorchè le annualità mi vengano regolarmente pagate, poichè le quietanze le quali constatano il pagamento sono fra le mani del debitore; dopo trent'anni, costui potrebbe dunque oppormi la prescrizione; per prevenire questa frode, la legge mi permette di domandare dopo ventott'anni un riconoscimento da parte del debitore. Forse che io mi trovo in pericolo di perdere la mia servitù dopo trent'anni? Per conservarla non ho che ad esercitarla, e posso provare con testimoni che ho fatto uso del mio diritto (1).

Se ne concluderà che il proprietario del fondo dominante non può mai domandare un titolo nuovo? Egli vi ha certamente un sommo interesse se le cose si trovano in tale stato che al momento egli non possa usare della servitù, mentre fra non molto, ristabilendosi nella loro condizione primitiva, potrebbe invece nuovamente trarne profitto: in tal caso egli corre pericolo di perdere il suo diritto se decorrono trent'anni senza che eserciti la servitù. Per prevenire l'estinzione, egli può domandare un riconoscimento, ma nessuna legge obbligando il proprietario del fondo serviente a fornirgli un nuovo titolo, egli stesso dovrà pagarne le spese. Tuttavia se il proprietario del fondo debitore della servitù ricusasse di firmare l'atto di ricognizione, il proprietario del fondo cui la servitù è dovuta avrebbe il diritto d'agire in giudizio per ottenere una dichiarazione giudiziaria la quale constati l'esistenza della servitù; se il proprietario del fondo serviente soccombe nella lite dovrà sopportarne le spese (2).

II. — Riguardo ai terzi.

154. Sotto l'impero del codice civile, la proprietà degl'immobili si trasferiva riguardo ai terzi come fra le parti, pel solo effetto del contratto, vale a dire col concorso della volontà delle parti contraenti. Questo principio si applicava egualmente alla trasmissione dei diritti reali, come le servitù. Esso riceveva eccezione per le donazioni d'immobili suscettivi d'ipoteca (articolo 939); le servitù non potendo essere ipotecate, la donazione d'una servitù non era soggetta a trascrizione. Noi esporremo il sistema del codice civile al titolo delle *Obbligazioni*.

155. Tale sistema è stato profondamente modificato dalle nuove leggi che prescrissero la trascrizione degli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari. A termini dell'art. 1.° della nostra legge ipotecaria, questi atti debbono essere trascritti

(1) Demolombe, t. XII, p. 249, n. 756. Aubry e Rau, t. III, p. 76.

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 76 e note 25 e 26. Duranton, t. V, p. 693, n. 580 e 581. Pardessus, t. II, p. 130, n. 296. Toullier, t. II, p. 338, n. 722.

perchè si possano opporre ai terzi di buona fede. Esporremo, al titolo delle *Obbligazioni*, i motivi di questa importante innovazione. Pel momento ci limitiamo a constatare i principii e le conseguenze che ne derivano quanto alle servitù. Fra le parti, la servitù esiste dal momento in cui si è perfezionato l'atto giuridico che la costituisce. Se l'atto è a titolo gratuito si dovranno osservare le forme prescritte per le donazioni e i testamenti, ma non occorre trascrizione. Riguardo ai terzi, bisogna distinguere. Secondo la nuova legge (del 16 dicembre 1851), la donazione di una servitù è soggetta alla trascrizione, poichè l'art. 1.° vuole che gli atti tra vivi a *titolo gratuito* traslativi di diritti reali immobiliari siano trascritti; sotto questo rapporto, esso deroga all'art. 939 del codice Napoleone. La legge ipotecaria non esige la trascrizione degli atti di ultima volontà: una servitù costituita per testamento non dovrebbe dunque essere trascritta. L'innovazione è più radicale ancora per quanto concerne gli atti a titolo oneroso. Secondo il codice civile, non occorreva scrittura per la validità della servitù, nè fra le parti, nè riguardo ai terzi. Secondo la nuova legge, la servitù non esiste riguardo ai terzi se non quando sia stato trascritto l'atto che la constata; occorre dunque una scrittura, e, a tenore dei principii, una scrittura autentica, poichè la legge non ammette alla trascrizione che le sentenze, gli atti notarili e le scritture private riconosciute in giudizio o innanzi a notaio (art. 2). Non vi è a distinguere tra servitù apparenti e non apparenti; la disposizione della legge è generale, e si applica a tutti i diritti immobiliari: la distinzione tra le diverse specie di servitù, proposta al momento della discussione della legge belga, non è stata ammessa, l'interesse dei terzi esigendo che il registro delle trascrizioni offra loro schiarimenti esatti e completi sui diritti che possono gravare un immobile. Il sistema di pubblicità introdotto nel Belgio dalla legge del 16 dicembre 1851, è stato consacrato anche in Francia dalla legge speciale sulla trascrizione del 23 marzo 1855 (1).

N. 2. — Chi può costituire una servitù?

156. Il codice non lo dice, ma i principii non lasciano alcun dubbio su questo punto. Siccome la servitù è uno smembramento della proprietà, costituisce un alienazione parziale dell'immobile; ora, soltanto il proprietario può alienare poichè alienare è uno degli attributi essenziali del diritto di proprietà. Non basta essere proprietario; è ancora necessario di possedere la capacità di alienare; gli incapaci, i quali pur essendo pro-

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 74 e seg.

prietari, non possono esercitare i diritti inerenti alla proprietà, non avendo facoltà di disposizione, non possono neppure costituire una servitù.

I. — Bisogna essere proprietario.

157. Siccome la facoltà di costituire una servitù è accordata soltanto al proprietario, ne segue che il possessore, ancorchè di buona fede, non ha questo diritto (1). Se possiede in virtù di un titolo traslativo di proprietà di cui ignora i vizii, potrà prescrivere e, avveratasi la prescrizione, potrà concedere delle servitù: finchè la prescrizione non è compiuta, tutti gli atti di proprietà da lui eseguiti sono nulli, non avendo egli potere di concedere a terzi diritti che egli stesso non ha: tutti questi atti cadono quando il proprietario lo evince. Nell'antico diritto, s'immaginarono servitù di nuovo genere, che si dicevano *superficiali*, e che si concedeva al possessore d'imporre sul fondo. L'oratore del Tribunato dice nel suo discorso che bisogna cancellare le servitù superficiali dal dizionario delle sottigliezze (2). Noi vedremo però che la lezione non ha giovato agli interpreti.

158. Il comproprietario può costituire una servitù sul fondo comune? Nella dottrina vi è qualche incertezza. Pothier risolve la questione in senso negativo (3). È una conseguenza rigorosa del principio che domina questa materia: il solo proprietario può costituire una servitù; ora, quando una cosa appartiene a parecchi, ciascuno è proprietario per la sua parte, e non potrebbe quindi concedere servitù che per la sua quota, ciò che non può avvenire per la ragione che le servitù essendo indivisibili, un fondo non può essere parzialmente gravato da servitù. Da ciò Pothier deduce una conseguenza molto logica, poichè la servitù consentita da uno dei comproprietari non diviene valida che pel concorso di volontà degli altri comunisti; donde segue che se il concedente vende la sua parte, l'acquirente non sarà tenuto a rispettare l'obbligazione contratta dal suo autore.

Gli scrittori moderni cominciano collo stabilire come principio, in conformità a questa dottrina, che il comproprietario non può concedere servitù (4). Essi non si accorgono che Pothier ragionava secondo l'antico diritto e che questo è stato modificato dal codice civile. La divisione che altra volta era traslativa di proprietà, oggidì è dichiarativa. Risulta da ciò che ciascuno

---

(1) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n. 8.
(1) Gillet, Discorso, n. 12 (Locré, t. IV, p. 96). Pardessus, t. II, p. 4, n. 244.
(3) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n. 6.
(4) Toullier, t. II, p. 258, n. 573. Pardessus, t. II, p. 27, n. 250 e 251. Demolombe, t. XII, p. 239, n. 742.

dei comproprietari avendo un diritto su tutto l'immobile può gravarlo di diritti reali, come le servitù e le ipoteche. La divisione deciderà se questi diritti abbiano a sussistere. Essi saranno validi se colui che li ha costituiti diviene proprietario di tutto l'immobile. Non si può dunque dir più, con Pothier, che il comproprietario il quale consente una servitù non è l'unico proprietario, perchè ciò dipende dall'effetto della divisione. Se l'immobile è compreso nella sua quota si presume che egli ne abbia avuta sempre la proprietà esclusiva, e perciò la servitù è validamente costituita. Che cosa è dunque una servitù costituita dal comproprietario? È un diritto condizionale; essa vien meno se l'immobile cadrà nella quota di un altro comproprietario. Ora, un diritto condizionale è un diritto validamente costituito. Concluderemo pertanto che non si può più stabilire come principio che il comproprietario non abbia il diritto di costituire una servitù (1). S'intende da sè che prima della divisione, la servitù non produrrà alcun effetto, precisamente perchè è condizionale; d'altronde uno dei comunisti nulla può fare che nuoccia ai suoi comproprietari.

Pardessus e la maggior parte degli autori insegnano che il comproprietario di un fondo indiviso possa validamente consentire una servitù *per la sua parte* (2). In realtà non vi è alcuna differenza tra questa ipotesi e quella che abbiamo esaminata. Durante la comunione, questa servitù non avrà effetto, anzitutto pel motivo che uno dei comunisti nulla può fare che pregiudichi i suoi comproprietari, ed inoltre per la ragione data da Pothier, che, cioè, le servitù essendo indivisibili non possono essere costituite per parte. Se ne dovrà dedurre che la costituzione sia nulla? No; vanamente il comproprietario afferma che egli costituisce la servitù per la sua parte; nel sistema del codice, non si sa, finchè dura la comunione, chi sarà proprietario dell'immobile; il diritto di ciascun comunista affetta tutto l'immobile, ed è la divisione quella che determinerà a chi abbia sempre appartenuto, come è per effetto della divisione che l'esercizio della servitù diverrà possibile. La servitù è un diritto reale, essa suppone una cosa determinata su cui possa esercitarsi: si può forse immaginare il diritto di passare sovra un immobile indiviso per una terza parte soltanto?

159. Può l'usufruttuario costituire una servitù sul fondo di cui ha il godimento? Qui gl'interpreti hanno riprodotte le sottigliezze che gli autori del codice credevano d'avere per sempre proscritte. Si conviene, e la cosa è evidente, che l'usufruttuario non abbia, *a proprio dire*, diritto di stabilire servitù che vin-

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 71 e nota 3. Bruxelles, 25 gennaio 1825 (*Pasicrisie*, 1826, p. 26).
(2 PARDESSUS, t. II, p. 31, n. 254. DEMOLOMBE, t. XII, p. 240, n. 743.

colino il proprietario di questo fondo. Tuttavia egli può, dice Pardessus, concedere taluni diritti, *somiglianti* pel loro esercizio ed i loro *effetti materiali* alle servitù, purchè non affettino che il suo godimento (1). Vi sarebbero dunque due specie di servitù, le une servitù *propriamente parlando*, le altre che non si sa bene come qualificare, *materiali, usufruttuarie*. Che vuol dir ciò in conclusione? Diffidiamo da tutto quanto è vago ed indeciso, perchè non può essere giuridico. No, l'usufruttuario non ha facoltà di gravare il fondo di servitù, per la ragione decisiva che egli non è proprietario; egli non ha, rispetto a colui che possiede la nuda proprietà, se non un possesso precario: il nudo proprietario può consentire delle servitù, come abbiamo detto altrove (2); perciò appunto nol potrà l'usufruttuario. Costui ha, senza dubbio, facoltà di concedere ad un vicino di passare, di attingere acqua, di fare tutti gli atti che costituiscono servitù, ma tutti questi atti non rivestiranno i caratteri di vere servitù, e se egli assumesse l'obbligo di soffrirle, non ne risulterebbe che un diritto di credito, una obbligazione che gli sarebbe personale, e che, a questo titolo, non si trasmetterebbe al compratore del diritto d'usufrutto.

II. — Capacità di alienare.

160. Tutti sono d'accordo nel ritenere che per costituire una servitù bisogna essere capace di alienare il fondo. Su questo punto vi è una disposizione di legge che si deve applicare per analogia: « non possono contrarre ipoteche convenzionali, se non coloro che hanno la capacità di alienare gl'immobili che vi assoggettano » (art. 1124 e legge ipotecaria belga, art. 73). Tuttavia, nell'applicazione del principio, vi è qualche confusione. Dal che si scorge, quanto importi in diritto di essere precisi; la mancanza di esattezza conduce a gravi errori persino nelle materie più semplici.

Quali sono le persone capaci o incapaci di alienare? Duranton risponde che questa condizione altra cosa non è che l'applicazione del diritto comune, come è stabilito dall'art. 1124 ove si legge che: « sono incapaci di contrattare i minori, gli interdetti, le donne maritate, nei casi espressi dalla legge ». Dal che risulterebbe che nessuno di questi incapaci può costituire una servitù. Ciò non è esatto. Una servitù può essere legata; ora la donna maritata può testare senza autorizzazione maritale (art. 226); essa può dunque altresì legare una servitù senza

---

(1) PARDESSUS, t. II, p. 18, n. 247. Confronta DEMOLOMBE, t. XII, p. 237, numero 736. AUBRY e RAU, t. III, p. 72 e nota 4.
(2) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 26.

esservi autorizzata. Lo stesso accade pel minore (art. 904). Da un altro canto, la servitù può essere costituita per donazione; ora, la legge richiede una capacità speciale per compiere un tale atto: occorrerà quindi questa capacità speciale perchè si possa donare una servitù, a ciò non bastando la capacità generale di contrattare. Concluderemo quindi che il costituente deve possedere la facoltà di alienare, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, secondo il carattere della disposizione (1).

Può avvenire che un incapace abbia tuttavia potere di contrattare: è ciò sufficiente perchè egli abbia il diritto di consentire una servitù? Secondo il principio formulato da Duranton, bisognerebbe rispondere affermativamente. Ma sarebbe un errore. La donna maritata separata di beni può contrattare per ciò che riflette la sua amministrazione; essa non potrebbe tuttavia consentire una servitù, poichè non le è concesso di alienare i suoi beni immobili (articoli 1449, 1536 e 1576). La capacità di contrattare non deve dunque essere confusa con la capacità di alienare. Lo stesso è a dirsi del minore emancipato; egli può obbligarsi per i bisogni della sua amministrazione, ma rimane incapace di disporre dei suoi beni (art. 484), e non potrà quindi costituire una servitù.

161. Se una persona incapace di alienare costituisce una servitù, l'atto sarà nullo? Chi può domandarne la nullità? Quali condizioni occorreranno? Su tutti questi punti, si applicano i principii generali, quali vennero da noi esposti nel libro primo, in quanto concerne le donne maritate, gl'interdetti e le persone provvedute di un curatore. Quanto ai minori, la sede della materia è al titolo delle *Obbligazioni*. Duranton dice che i minori non potranno impugnare una costituzione di servitù che per causa di lesione (2). Ciò non è esatto. Ancorchè la convenzione non sia loro di alcun pregiudizio, ne possono domandare la nullità, se non vennero osservate le forme prescritte per le alienazioni (articoli 457-459); invero, l'atto sarebbe nullo riguardo alla forma e quindi impugnabile sotto questo rispetto, ancorchè il minore non fosse leso (art. 1311). Lo stesso accadrebbe se la servitù fosse consentita da una donna maritata, da un interdetto, da un prodigo o da un imbecille; gli atti che essi stipulano senza osservare le forme prescritte dal codice sono nulli, astrazion fatta da ogni pregiudizio. La legge prescrive talune formalità a garanzia degli incapaci; essi hanno dunque sofferta lesione solo perchè non hanno goduto delle garanzie che la legge ha voluto loro assicurare.

162. Colui che ha costituita una servitù sopra un immobile, può costituirne delle nuove? A rigor di principio, sì, poichè la

---

(1) Duranton, t. V, p. 550, n. 537. Demolombe, t. XII, p. 237, n. 754.
(2) Duranton, t. V, p. 550, n. 538.

servitù non è che uno smembramento parziale della proprietà, e la proprietà può essere limitata in mille modi diversi. Vi ha tuttavia una restrizione a questo diritto, ed è che a termini dell'art. 701, « il proprietario del fondo serviente non può fare cosa alcuna che tenda a diminuire l'uso della servitù, od a renderla più incomoda ». La servitù costituita sopra un immobile conferisce un diritto al proprietario del fondo dominante; questo diritto non può essergli tolto da una nuova servitù; esso affetta il fondo serviente, il proprietario non ne può più disporre se non nello stato di smembramento in cui si trova. Occorre dunque che la nuova servitù sia compatibile con quella che di già grava il fondo. Quando la incompatibilità sussiste? Tutto si riduce ad una questione di fatto (1). Il proprietario del fondo dominante deve provare che la nuova servitù gli cagiona un pregiudizio, rendendo la sua servitù meno utile o più incomoda; il solo fatto che già esiste una servitù sùl fondo non basta per motivare una querela, essendo questo il diritto del proprietario del fondo serviente (2). Ciò che noi diciamo del proprietario che ha costituita la servitù, si applica naturalmente al caso in cui un fondo gravato di servitù è posseduto da un terzo detentore.

163. Un immobile ipotecato può essere gravato di servitù dal debitore che ha consentita l'ipoteca? Bisogna applicare all'ipoteca il principio che abbiamo stabilito per la servitù. Colui che ha ipotecato un fondo ne conserva la proprietà e il diritto di disposizione, e perciò anche quello di consentire nuove restrizioni alla sua proprietà. Fra le parti, queste concessioni sono perfettamente valide. Quanto ai terzi che posseggono già un diritto reale sulla cosa, il loro diritto non può essere alterato da una nuova concessione. La nostra legge ipotecaria ha consacrato questo principio (art. 45). Esso dà luogo a grandi difficoltà nell'applicazione, come avremo motivo di vedere al titolo delle *Ipoteche* (3).

N. 3. — Chi può acquistare una servitù.

164. Gli autori sono concordi nell'insegnare che per l'acquisto di una servitù si richiede la qualità di proprietario del fondo a cui favore è costituita. Bisogna aggiungere che il proprietario del fondo dominante deve avere altresì la capacità di ricevere a titolo gratuito, se la servitù è donata o legata, e

---

(1) Toullier, t. II, p. 258, nota 572. Demolombe, t. XII, p. 241, n. 747. Aubry e Rau, t. III, p. 72 e nota 6.

(2) Rennes, 14 marzo 1818 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1162, 1.°).

(3) Aubry e Rau, t. III, p. 72 e nota 7. Duranton, t. V, p. 555, nn. 546 e 547; Demolombe, t. XII, p. 243, nn. 748 e 749.

quella di contrattare, se la servitù è costituita a titolo oneroso. Per ciò che riguarda la capacità, non vi è dubbio nè difficoltà alcuna; si applicano i principii generali. Non è lo stesso della condizione di proprietà. Perchè occorre la qualità di proprietario del fondo a cui vantaggio è stipulata la servitù? Se lo stipulante non è tale, la servitù sarà nulla? Su tutte siffatte questoni, regna una grande incertezza nella dottrina.

Acquistare un servitù, è migliorare la condizione del fondo dominante, e siccome la servitù si acquista a vantaggio del fondo e non della persona, si potrebbe credere che qualunque detentore possa stipulare una servitù, purchè sia capace di contrattare e di ricevere, come abbiamo detto dianzi. Perchè dunque la dottrina stabilisce il principio che richiede la qualità di proprietario? Precisamente perchè l'acquirente della servitù è lo stesso fondo, ma siccome questo non può interloquire nel contratto, è necessario che sia rappresentato: da chi? Forsechè qualunque detentore ha veste di stipulare a nome del fondo? No, certamente: occorre che vi sia un vincolo tra il possessore ed il fondo, e questo vincolo deve essere permanente, perpetuo, poichè la servitù è acquisita con animo di perpetuità. Donde segue che i semplici detentori i quali non hanno alcun diritto sul fondo non possono stipulare la servitù in nome di questo: tali sono i locatarii e gli affittuarii. Su questo punto non vi è alcun dubbio, ed è da qui che ci sarà concesso di rintracciare la via del vero principio. Duranton domanda perchè l'affittuario ed il locatario non hanno qualità per acquistare una servitù. Perchè, risponde, niuno può stipulare in nome proprio per altrui (art. 1121). Ora, stipulando una servitù pel fondo che tiene in locazione, il conduttore stipula realmente per altrui, poichè non vi è alcun vincolo fra lui ed il fondo, non generando la locazione, a rigor di principio, che un rapporto di obbligazione tra il locatore ed il conduttore. Egli difetta quindi d'interesse come di diritto. Infatti, che gli importa se il fondo acquista una servitù? Durante la sua locazione, senza dubbio egli vi è interessato, ma per soddisfare questo interesse, non occorre che egli stipuli una servitù; basta un diritto di credito (1). Il principio è dunque che bisogna avere un diritto sul fondo e che questo diritto deve essere permanente, perpetuo; il che ci conduce alla conseguenza, che il solo proprietario può acquistare una servitù, poichè egli soltanto ha sul fondo quel vincolo permanente che permette di parlare in suo nome. Qualunque altro detentore, abbia esso pure un diritto reale, manca di veste per farlo, giacchè i diritti reali sono temporanei, e per conseguenza non conferiscono nè interesse nè qualità per stipulare un diritto perpetuo (2).

---

(1) Duranton, t. V, p. 559, n. 549.
(2) Taulier, *Théorie du code civil*, t. II, p. 437.

Nell'applicazione, la maggior parte degli autori si scosta dal principio che abbiamo formolato, e che è quello del diritto romano (1). Essi accusano la dottrina romana di sottigliezza. Che vuol dir ciò? Una dottrina è forse falsa solo perchè sottile? Bisognerebbe almeno dimostrare che la sottigliezza ha creato tale falsità. E se è fallace il principio esposto dai giureconsulti romani, è pur necessario di dire quale sia il vero. Invano si cercherebbe negli autori una risposta a siffatte questioni; i migliori si limitano a risolvere le difficoltà che si presentano, ora con una ragione, ora con un'altra (2). Ciò non è punto un principio, è anzi l'assenza di qualunque principio. Gli è quanto avremo occasione di vedere, addentrandoci nei dettagli.

165. Il comproprietario può acquistare una servitù pel fondo che gli appartiene soltanto in parte? Secondo il nostro principio, no, in questo senso almeno che colui il quale non è proprietario del fondo se non che per un terzo e per un quarto non ha qualità di stipulare in suo nome allorchè la servitù deve profittare al fondo intiero. Ma questo principio astratto è modificato dalla regola che il codice civile stabilisce circa gli effetti della divisione. Essendo questa dichiarativa di proprietà, non si può decidere definitivamente, finchè dura la comunione, se il comunista il quale ha acquistato la servitù aveva qualità o non per interloquire in nome del fondo comune; la divisione soltanto potrà decidere la questione come abbiamo detto più sopra (n. 158).

Pardessus appunta di sottigliezza la teoria romana. Ma egli stesso non ammette che l'acquisto della servitù fatto da un comunista sia pienamente valido. Colui che diverrà proprietario del fondo dominante, in virtù della divisione, non sarà vincolato dal contratto, egli dice, ma lo sarà il proprietario del fondo serviente. Su che si appoggia questa distinzione? La comunione, si dice, attribuisce il diritto di fare ciò che è utile tanto ai comunisti quanto a colui che stipula. Che bisogna concludere da ciò? Forse che la servitù è validamente costituita? No, poichè la stipulazione non vincola il proprietario del fondo dominante. Dunque, in realtà, il diritto reale non esiste. Demolombe accenna ancora ad un'altra ragione: si può stipulare a vantaggio di un terzo allorchè tale è la condizione di una stipulazione che si fa per sè medesimi (3). Si abusa singolarmente dell'articolo 1121. Dove è, nella specie, la stipulazione principale che convalida quella accessoria fatta a vantaggio di un terzo? Non vi è che una sola ed identica stipulazione: è essa valida o no?

(1) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orleans*, n. 9.
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 73 e seg., e note 10-12 e gli autori che vi sono citati.
(3) Pardessus, t. II, p. 40, nn. 262 e 263. Demolombe, t. XII, p. 256, n. 761; Duranton, t. V, p. 561, n. 550.

crea, o no, una servitù? Occorre un principio qualsiasi per decidere la questione.

Merlin attribuisce un singolare effetto alle servitù stipulate da un comproprietario: « esse varranno per la totalità del fondo, giusta la natura delle cose; ma il diritto risiederà sempre nella persona del proprietario che ha stipulato questo vantaggio e dipenderà da lui di rinunciarvi quando lo giudicherà conveniente » (1). Ciò non equivale forse al dire che la servitù sarà nel contempo reale e personale? In verità non valeva la pena di ripudiare le sottigliezze romane, per cadere in nuove sottigliezze che hanno il torto di essere meno giuridiche di quelle che si rimproverano a quei giureconsulti. Dobbiamo aggiungere che Voet si era già allontanato dal rigore romano (2). Sia pure; noi siamo ben lieti che si ammetta un nuovo principio, ma quale è, e dove è scritto? Su ciascuna questione, si stabilisce invece un principio diverso.

166. Può il possessore acquistare una servitù a favore del fondo che egli possiede? Secondo il nostro principio, no. Il possessore non ha alcun diritto reale sul fondo; egli può essere evitto da un istante all'altro, e se lo è, ciò viene a dimostrare che esso non ha avuta alcuna qualità per interloquire in nome del fondo; è un terzo, e la stipulazione che fa non ha che la forza di un semplice vincolo d'obbligazione. Generalmente si insegna l'opinione contraria. Dovremo chiedere in virtù di quale principio? Vi sono altrettanti principii quanti sono gli autori. Il possessore, dice Toullier, può acquistare delle servitù, e colui che le avesse accordate non potrebbe revocare il suo consenso, poichè non è alla persona, ma al fondo che la servitù è concessa (3). Il medesimo ragionamento sta pure pel conduttore. Vi sono dunque detentori che possono stipulare in nome del fondo, mentre altri non ne hanno il potere. A qual principio dovrà aversi riguardo per decidere della capacità? Pel possessore, la questione è ben semplice: non avendo esso un diritto reale, niun vincolo esiste fra lui ed il fondo. Il possessore ha, per vero, taluni diritti, ma questi diritti medesimi depongono contro di lui; e per verità, il possesso, che è un fatto, non conferisce altre facoltà all'infuori di quelle che la legge espressamente gli annette; è dunque sufficiente che il codice non gli attribuisca il diritto di stipulare una servitù perchè glielo si debba ricusare.

Duvergier non approva il motivo allegato da Toullier. A suo parere, il proprietario del fondo serviente è vincolato da una stipulazione valida di cui il proprietario del fondo può recla-

---

(1) Merlin, *Répertoire*. alla parola *Servitude*, § XI, n. 2, t. XXXI, p. 57.
(2) Voet, *Commentar.*, VIII, 4, 10, p. 518.
(3) Toullier, t. II, p. 260, n. 576.

mare il beneficio. Se abbiamo ben compreso, il caso rientrerebbe sotto l'applicazione dell'art. 1121. Occorrerà che ci facciamo nuovamente a domandare dove sia la stipulazione accessoria fatta in favore di un terzo? Si può dire che il possessore stipula in favore del proprietario, allorchè egli stesso, se è di buona fede, crede di essere tale? Che se la buona fede gli fa difetto, vuol dire che egli mira a spogliare il vero proprietario: e può dirsi che colui il quale spoglia il proprietario stipula in suo favore?

Ammettiamo che il proprietario del fondo per cui la servitù è acquisita possa reclamare il beneficio della stipulazione. Se la servitù è stata costituita a titolo oneroso, dovrà il proprietario pagare il prezzo della concessione? No, dice Pardessus, egli non è tenuto a conservare la servitù. È forse un diritto reale quello la cui esistenza dipende dalla volontà del proprietario? Duvergier vuole che si applichi l'articolo 555 (1). Questo distingue tra possessore di buona e di mala fede; bisognerà fare la medesima distinzione quando il possessore ha costituita una servitù? Ecco in qual dedalo di difficoltà viene ad imbattersi chi s'allontana dai veri principii!

167. Può l'usufruttuario acquistare una servitù a favore del fondo di cui ha il godimento? La dottrina è divisa sopra tale questione. Duranton considera l'usufruttuario alla medesima stregua che l'affittuario (2). L'assimilazione non è esatta in teoria, poichè l'usufruttuario ha un vincolo col fondo sul quale esercita un diritto reale. Ma questo vincolo è sufficiente perchè egli possa parlare in nome del fondo? In diritto romano tale facoltà gli era negata. Proudhon si lagna della sottigliezza, ma questa pretesa sottigliezza non è che il diritto in tutta la sua precisione ed il suo rigore. Il nostro codice colloca l'usufruttuario fra i possessori a titolo precario; infatti, egli deve restituire il fondo al nudo proprietario da cui lo tiene. Detentore temporaneo, egli manca di diritto e d'interesse quando si tratta di stipulare un vantaggio, non pel tempo del suo godimento, ma pel fondo. In questo senso, Duranton ha ragione di assimilarlo all'affittuario.

Qnalunque servitù stipulata dall'usufruttuario è acquisita al fondo? Nell'opinione generale si fa una distinzione. Se l'usufruttuario stipula la servitù per suo vantaggio personale, si decide che la servitù non è acquisita al fondo: tale sarebbe una servitù stabilita a titolo gratuito. Ma può esservi una servitù stabilita pel vantaggio personale dell'usufruttuario? Sarebbe questa una servitù? Non è forse nell'essenza della servitù di essere

---

(1) PARDESSUS, t. II, p. 37, n. 260. DUVERGIER su TOULLIER, t. II, p. 260, nota *a*.
(2) DURANTON, t. V, p. 561, n. 550. PROUDHON, *De l'usufruit*, t. III, p. 424, numeri 1452 e 1453.

costituita a profitto del fondo? (1) Rimane a sapere, giusta l'opinione generale, quando la servitù sia costituita nell'interesse dell'usufruttuario, e quando in quello del fondo; è questa una nuova difficoltà che apre l'adito ad un nuovo dissenso Gli uni rispondono *doversi presumere* che l'usufruttuario abbia acquistata la servitù *in perpetuum*, e pel vantaggio del fondo, salvo che dal titolo costitutivo non risulti il contrario (2). Altri sono un po' meno espliciti e si contentano di dire che facilmente potrà presumersi che l'usufruttuario abbia inteso di agire nell'interesse del fondo, per conseguenza in nome del proprietario, salva a costui la facoltà della ratifica (3). È quindi necessaria tale ratifica? No, dice Proudhon, poichè l'usufruttuario ha un mandato tacito per fare, nell'interesse del proprietario, tutto ciò che può essere utile alla cosa soggetta al suo godimento. Noi abbiamo esaminata altrove la teoria del mandato di cui l'usufruttuario sarebbe investito; rimandiamo dunque lo studioso a quel punto (4).

168. Il mandatario, si dice, come il gestor di negozi possono stipulare una servitù (5). Quando si tratta d'un mandato ordinario, l'art. 1988 decide che, se è concepito in termini generali, non concerne che gli atti d'amministrazione. Forse che acquistare una servitù è un atto d'amministrazione? Saremmo indotti a rispondere affermativamente. Il mandatario generale potrebbe comperare, dunque acquistare la proprietà; a maggior ragione può acquistare uno smembramento della proprietà. Ritorneremo sulla questione al titolo del *Mandato*. Bisogna applicare il medesimo principio agli amministratori legali, come il tutore ed il marito; è certo che anche costoro possono stipulare delle servitù prediali.

169. Può il promittente acquistare una servitù? La maggior parte degli autori stanno per l'affermativa (6). Come si può conciliare questa opinione coll'art. 1121? A termini dell'art. 1119, nessuno può, in generale, obbligarsi o stipulare in suo proprio nome che per sè medesimo. L'art. 1120 apporta una restrizione a questo principio, per quanto concerne le promesse; esso concede che altri si obblighi per un terzo promettendo il fatto di costui. Il susseguente art. 1121 autorizza altresì in taluni casi, la stipulazione a vantaggio d'un terzo, ma non riproduce l'eccezione stabilita dall'art. 1120. Dunque non si può stipulare per un terzo promettendo in suo nome (7). Avremo occasione di ri-

---

(1) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 144.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 73, nota 11 e gli autori che vi sono citati.
(3) DEMANTE, t. II, p. 367, n. 541 *bis* V.
(4) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 46.
(5) AUBRY e RAU, t. III, p. 74
(6) AUBRY e RAU, t. III, p. 74 e nota 12, e le autorità che vi sono citate.
(7) È questa l'opinione di DURANTON, t. V, p. 560, n. 519.

tornare su questo punto al titolo delle *Obbligazioni*, dove esporremo i casi in cui la stipulazione a nome di un terzo diviene valida in virtù dell'art. 1121.

170. Rimane su questa materia un'ultima questione, altrettanto elementare quanto difficile. La servitù è stipulata da un proprietario il cui diritto è soggetto a risoluzione: sussisterà essa in caso di risoluzione? A nostro parere, la sola esposizione del dubbio costituisce una eresia giuridica. Quando la proprietà è risoluta, si presume che il titolare non sia stato mai nè proprietario, nè possessore; in virtù di qual principio potrebbe egli interloquire a nome del fondo sul quale non ha alcun diritto? Demolombe distingue: se il proprietario sotto condizione non ha inteso acquistare la servitù che per suo proprio conto e per la durata solamente eventuale del suo diritto, allora evidentemente la servitù si estingue col diritto personale dello stipulante. Ma se egli ha stipulata la servitù in termini assoluti pel fondo, in questo caso, si dice, l'antico proprietario può domandare la conservazione della servitù. E le ragioni? Anzitutto, si dice, il proprietario sotto condizione può migliorare la condizione del fondo. Ma si tratta forse di ciò? Prima di rispondere ch'egli può migliorare la condizione del fondo stipulando una servitù, bisogna vedere se abbia il diritto di parlare in nome del fondo; ora, tale facoltà è riservata al solo proprietario, e quegli la cui proprietà è risoluta non fu mai tale. Non crediamo di dover oltre insistere sopra una questione sulla quale non riteniamo possa esistere il minimo dubbio (1).

N. 4. — Modalità.

171. Possono le servitù essere costituite a tempo o sotto condizione? Nel diritto romano ciò si ammetteva a mezzo d'una *exceptio doli*. Nel diritto moderno, la necessità di quest'eccezione non esiste più. È principio che le parti interessate possano stipulare quelle convenzioni che giudicano convenienti. L'articolo 686 applica questo principio alle servitù; esso non vi apporta che una restrizione la quale risulta dal diritto comune; « purchè le servitù nulla abbiano di contrario all'ordine pubblico ». Ora, l'ordine pubblico è fuori di causa quando si tratta di un termine o di una condizione (2).

Per applicazione di questo principio, bisogna decidere che si può costituire una servitù sopra un fondo che alcuno si propone di acquistare. È questa l'opinione generale (3). Vi è tut-

(1) Duranton, t. V, p. 563, nn. 554 e 555. In senso contrario, Demolombe, t. XII, n. 758, secondo Demante, t. II, n. 560 *bis*.
(2) Demolombe, t. XII, p. 209, n. 703.
(3) Toullier, t. II, p. 260, n. 578. Duranton, t. V, p. 485, n. 443.

tavia una lieve ragione di dubbio. L'art. 1174 dice che « qualunque obbligazione è nulla quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si è obbligato ». Non vi è, nella specie una condizione potestativa, dal momento che colui il quale promette la servitù è libero di acquistare o no il fondo su cui la servitù dev'essere costituita? Si risponde, e la risposta è decisiva, che senza dubbio il promittente è libero di non comperare; ma se compera, non è libero di non costituire servitù sul fondo. La servitù esisterà dunque anche suo malgrado, epperò, essendo egli vincolato, non vi ha condizione potestativa.

In una specie presentatasi innanti la Corte di Montpellier si è elevata un'altra obbiezione; la convenzione venne impugnata allegando che non fosse stata stipulata se non in favore della persona. In forza di atti antichi, gli abitanti di un comune avevano stipulato il diritto di servirsi delle acque di un canale, tanto per le terre loro appartenenti in questo comune, quanto per quelle che possedevano o che potevano possedere in avvenire fuori del suo territorio. Quest'ultimo diritto venne loro contestato, perchè essendo stato pattuito per fondi che gli abitanti non possedevano ancora, la stipulazione era fatta realmente per considerazioni affatto personali, il che è contrario all'art. 686, che non permette di stipulare servitù prediali in favore delle persone. L'obbiezione non era seria; tutto ciò che vi è di personale nella costituzione d'una simile servitù, è che soltanto la qualità di abitante del comune permette di approfittarne; del resto essa è stipulata non per l'uso delle persone, ma per l'utilità dei fondi. É una servitù condizionale; ora, nulla impedisce di costituire una servitù sotto condizione (1).

§ II. — *Destinazione del padre di famiglia.*

N. 1. — Definizione.

172. A termini dell'art. 692, « la destinazione del padre di famiglia riguardo alle servitù continue ed apparenti tiene il luogo stesso del titolo ». Questo principio è attinto nelle consuetudini di Orléans e di Parigi, le quali dichiaravano che « la destinazione del padre di famiglia equivale a titolo ». Pothier ci dirà il significato di tale disposizione. Due fondi appartengono al medesimo proprietario; egli destina l'uno al servizio dell'altro praticando per esempio delle finestre in una casa contigua ad un altro terreno. Finchè i due fondi rimangono al

(1) Montpellier, 29 giugno 1849 (DALLOZ, 1851, 2, 214)

medesimo proprietario, il servizio che l'uno rende all'altro non è una servitù, poichè nessuno può avere servitù sopra la cosa sua propria: ecco la *destinazione del padre di famiglia.* Come mai questa destinazione, la quale non è che l'esercizio del diritto di proprietà, può divenire una servitù? Se questi fondi, continua Pothier, vengono in seguito ad appartenere a diversi proprietari, sia per effetto di alienazione sia per la divisione che abbia luogo fra i suoi eredi, il servizio che uno dei fondi riceveva dall'altro diviene un diritto di servitù, senza che occorra che questa sia stata espressamente costituita con alienazione o con la divisione (1).

Come mai può accadere che una servitù sorga, di pieno diritto, al momento in cui i due fondi sono separati? Se ci atteniamo all'adagio consacrato dall'antico diritto secondo cui la destinazione equivale al titolo, si potrebbe credere che la servitù nasca dalla volontà tacita del proprietario che ha destinato uno dei fondi al servizio dell'altro e vuole che le cose continuino a sussistere nel medesimo stato. Vi è un opinione in questo senso (2). Ci sembra però che questa interpretazione dell'adagio non renda conto del suo vero significato. *Destinazione* vale *titolo,* dicono le nostre antiche consuetudini. E quando vi è titolo? Quando, come dice Pothier, le parti interessate convengono *espressamente* che le cose rimarranno nello stato in cui il proprietario le aveva poste e saranno conservate a titolo di servitù. Occorre per questo una convenzione espressa? No, risponde Pothier, i fondi sono venduti nello stato in cui si trovano; lo stesso è a dirsi della divisione. La volontà delle parti è dunque, salvo patto in contrario, che il servigio stabilito dall'antico proprietario a vantaggio d'uno dei fondi abbia a continuare, ma, appartenendo oramai i fondi a proprietari diversi, il servigio non si rende più a titolo di proprietà, non può farsi che a titolo di servitù. È in questo senso che le consuetudini assimilavano la destinazione al titolo. Vi è infatti analogia completa; il titolo è una convenzione espressa, e la destinazione una convenzione tacita. Donde segue che la servitù nasce, non dalla volontà esclusiva del proprietario che ha destinato uno dei fondi a servigio dell'altro, ma dal concorso di volontà di coloro che partecipano al contratto col quale si opera la divisione dei fondi. Quando si tratta della divisione, la volontà del proprietario, che si è reso defunto, non entra certamente per nulla nella costituzione della servitù; egli non v'interviene che per la destinazione che ha attribuita ai fondi (3).

173. Vi è tuttavia una differenza considerevole tra il titolo e la destinazione del padre di famiglia, come diremo più avanti.

---

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans,* art. 228.
(2) Duranton, t. V, p. 575, n. 568.
(3) Confronta Demolombe, t. XII, p. 318, n. 804, p. 323, n. 809.

Pel momento bisogna insistere sul principio giuridico che dà vita alla servitù per destinazione del padre di famiglia; e che è precisamente costituito dal concorso di volontà delle parti contraenti. Ma il loro consenso non è che tacito; donde segue che se quelle non si sono spiegate sull'esistenza delle servitù, all'atto dell'alienazione o della divisione, non può parlarsi di destinazione del padre di famiglia, poichè non può farsi più questione di volontà tacita, allorchè le parti hanno manifestata la loro intenzione in modo espresso. Se dunque fra di loro si eleva una controversia sulla servitù, questa sarà decisa dai titoli, e non dagli articoli 692 e 693. Non vi è l'ombra di un dubbio su questo punto e tuttavia la questione venne viù volte portata innanzi alla Corte di casszione, ricevendo pur sempre la sanzione che noi le abbiamo data (1).

174. Quando può dirsi che vi sia destinazione del padre di famiglia? L'art. 693 risponde: « non vi è destinazione del padre di famiglia se non quando sia provato che i due fondi attualmente divisi appartenevano al medesimo proprietario, e che questi pose o lasciò le cose nello stato dal quale risulta la servitù ». La prima condizione richiesta perchè vi sia destinazione è dunque che il proprietario abbia destinato uno dei fondi al servigio dell'altro. S'intende da sè che gl'inquilini e gli affittuari non possono costituire una destinazione del padre di famiglia: non avendo alcun vincolo col fondo, non hanno alcuna qualità per destinare uno dei fondi al servizio dell'altro. Che si dovrà dire dell'usufruttuario? Secondo l'opinione che abbiamo insegnata, non vi è alcun dubbio. Non potendo l'usufruttuario costituire una servitù sul fondo di cui ha il godimento, non ha neppure il diritto di dare ai fondi una destinazione dalla quale nascerà una servitù. Ciò è ammesso da tutti, anche da coloro i quali insegnano che l'usufruttuario possa costituire una servitù per titolo. Demolombe dice benissimo che l'usufruttuario, non avendo che un diritto temporaneo, non può avere quell'animo di proprietà che la destinazione richiede (2). Ma qualunque servitù non include forse un'idea di perpetuità? E se l'usufruttuario non può concorrere tacitamente alla costituzione d'una servitù per destinazione, perchè gli manca l'animo di perpetuità, come avrebbe egli il diritto di costituire colla sua volontà espressa una servitù la quale richiede questo stesso animo di perpetuità? La contraddizione ci sembra evidente.

175. Gli autori sono concordi nel richiedere una seconda condizione la quale non è scritta nel testo della legge: occorre che il servizio che uno dei fondi rende all'altro abbia un carattere di perpetuità. Dumoulin già lo scrive nel suo commen-

---

(1) Sentenza di rigetto del 5 aprile 1836 (Dalloz, alla parola *Servitude*, numero 1004, 5.°), e del 29 gennaio 1839 (*ibid.* n. 1015, 2.°).

(2) Demolombe, t. XII, p. 325, n. 811.

tario sulla consuetudine di Parigi. Il codice, dice il relatore del Tribunato, non aveva bisogno di enunciare questa condizione, perchè è una conseguenza necessaria di tutto il sistema su cui si appoggia la sua teorica (1). Infatti, la destinazione, o il servigio che uno dei fondi rende all'altro, è una delle cause che menano alla costituzione delle servitù; ora qualunque servitù è creata con animo di perpetuità; è una modificazione della proprietà, permanente come la proprietà stessa. La stessa parola *destinazione*, nel linguaggio giuridico, include un'idea di perpetuità. Vi sono oggetti mobili che divengono immobili per destinazione. Soltanto il proprietario ha facoltà d'immobilizzare cose mobili, sia incorporandole ad un fondo affinchè vi rimangano stabilmente, sia collocandole per servire alla sua coltivazione. Perchè il solo proprietario ha questo diritto? Perchè egli solo può agire nel nome e nell'interesse del fondo, ancorchè non vi faccia che lavori temporanei. A più forte ragione egli soltanto ha qualità quando si tratta d'imprimere ai fondi una modificazione definitiva e permanente.

Segue da ciò che se un servizio è stabilito tra due fondi, non per l'utilità di questi, ma in vista di convenienze personali, per facilitare relazioni di famiglia e di vicinato, non vi è destinazione, e per conseguenza se i fondi sono separati, non nascerà servitù; una causa transitoria non può produrre che un effetto egualmente transitorio (2). Perciò si tratterà sempre di esaminare una questione di fatto. Non basta che uno dei fondi renda un servigio all'altro; occorre che questo servigio costituisca uno stato di cose permanente, mettendo l'uno dei fondi in istato di dipendenza riguardo all'altro (3). Spetterà poi ai tribunali di apprezzare i fatti e le circostanze.

176. Occorre che vi siano due fondi distinti? L'art. 673 sembra esigerlo: vi debbono essere due fondi attualmente divisi, od occorre che questi abbiano appartenuto al medesimo proprietario prima della loro divisione. Seguirebbe da ciò che se il proprietario di un solo fondo facesse servire una porzione di questo all'altro, e se in seguito il fondo fosse diviso per effetto di alienazione o divisione, non vi sarebbe nè destinazione nè servitù. Questa interpretazione non è ammessibile. Se il proprietario di una casa pratica nel suo muro delle finestre a prospetto, e vende in seguito il cortile su cui affacciano le finestre, non vi sono in ciò forse tutti gli elementi che costituiscono la destinazione, così come se le finestre fossero state aperte sopra un terreno separato? Senza dubbio se il testo fosse formale, bisognerebbe attenervisi, ma la legge non richiede, come

---

(1) ALBISSON, Relazione al Tribunato, n. 16 (LOCRÉ, t. IV, p. 190).
(2) Bruxelles, 14 luglio 1859 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 297).
(3) Liegi, 1.° dicembre 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 832).

condizione della destinazione, che vi siano due fondi. Tutto ciò che vuole l'art. 693, è che vi siano due fondi attualmente divisi e che questi abbiano per lo passato appartenuto ad un solo e medesimo proprietario; non è quindi prescritto che i fondi abbiano formato fondi distinti. Ciò che costituisce la destinazione, è l'intenzione del proprietario di consacrare una parte del suo fondo al servigio dell'altro; dal momento che questa volontà è manifesta, vi è destinazione. Su questo punto dottrina e giurisprudenza sono perfettamente d'accordo (1).

177. L'art. 693 richiede un'altra condizione perchè si abbia la destinazione del padre di famiglia; esso vuole che le cose siano state poste nello stato da cui risulta la servitù per opera del proprietario cui appartennero i due fondi attualmente divisi. Sembra risultare da ciò che la destinazione deve essere stabilita dal proprietario che ha riuniti in un solo i due fondi, e durante questa riunione. Donde segue che se lo stato di cose preesisteva alla riunione, e il proprietario l'abbia conservato, non vi sarebbe destinazione. Questa interpretazione rigorosa del testo risponde allo spirito della legge? Se al tempo della riunione dei due fondi presso il medesimo proprietario l'uno di questi rende all'altro un servigio, e se il proprietario conserva questo stato di cose non si potrà forse dire che egli stesso destina l'una proprietà a servizio dell'altra? Che importa che egli lasci le cose nello stato in cui erano prima, o che ve le *ponga?* Toullier dice doversi presumere che il padre di famiglia abbia posto le cose in uno stato determinato, quando potendo cambiarle, non lo ha fatto. L'intenzione di destinare uno dei fondi al servigio dell'altro è, senza alcun dubbio, evidente tanto nel primo caso che nel secondo. Che anzi, in questa ultima ipotesi, la evidenza potrebbe essere anche maggiore. D'ordinario quando la destinazione preesiste alla riunione dei due fondi presso un solo proprietario, vi è servitù la quale si estinguerà con la confusione; ma se il proprietario conserva il servigio, non manifesta forse con tale atto la volontà che ciò che costituiva una servitù rimanga servizio permanente, perpetuo? E se il servizio fosse una servitù prima della riunione dei due fondi, non è naturale che ridivenga una servitù dopo la loro separazione? La circostanza che la destinazione preesisteva a titolo di servitù non lascia alcun dubbio sull'intenzione del proprietario, mentre il dubbio potrebbe sorgere quando egli stesso ha creato lo stato di cose che costituisce la destinazione (2).

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 83, nota 1, e le autorità che vi sono citate. Sentenza di rigetto del 26 aprile 1837 e del 24 febbraio 1840 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, nn. 1021, 1.° e 1022). Bruxelles, 18 agosto 1816 (*Pasicrisie*, 1816, pagina 107.

(2) È questa l'opinione più generalmente seguita. AUBRY e RAU, t. III, p. 84 e nota 2. Bordeaux, 21 febbraio 1826 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1017). In senso contrario DURANTON, t. V, p. 577, n. 570, DUVERGIER su TOULLIER, t. II, p. 276, nota *a*.

178. I fondi debbono essere divisi: è all'atto della divisione che nasce la servitù, ed essa può sorgere solamente allora poichè sino a questo momento il servizio che uno dei fondi rendeva all'altro era l'esercizio del diritto di proprietà. All'istante medesimo in cui i fondi sono divisi, la servitù prende nascimento, qualunque sia la causa che separa i due fondi. Le cause ordinarie sono l'alienazione di uno dei fondi o di entrambi, e la divisione. Vi sarebbe servitù per destinazione, ancorchè la vendita fosse forzata (1). Si potrebbe credere che la vendita forzata escluda il consenso del proprietario, e per conseguenza la destinazione. No; anche nella vendita forzata concorre il consenso, poichè v'è contratto. Del resto la destinazione non è basata sul consenso dato al fatto giuridico che apporta la divisione dei fondi; essa si fonda sulla conservazione del servigio che uno dei fondi rende all'altro. Quando i fondi sono divisi, non vi è alcun consenso dell'antico proprietario; vi è nondimeno servitù per destinazione.

179. La giurisprudenza richiede tuttavia una condizione che concerne la divisione, ed è che il proprietario a cui risale la destinazione abbia avuta la proprietà irrevocabile dei due fondi (2). Se egli ha destinato l'uno di essi a servizio dell'altro mentre non aveva che la proprietà soggetta a rivocazione od a risoluzione od altrimenti annullabile di uno dei fondi, e se in seguito la risoluzione, la revoca o l'annullamento si avverano, non vi sarà destinazione del padre di famiglia. In apparenza, si potrebbe credere che i due fondi appartennero un tempo al medesimo proprietario e che si trovano attualmente divisi; in realtà, la persona che ha stabilito il servizio essendo considerata come se non fosse mai stata proprietaria di uno dei fondi, non vi è stata nè riunione nè divisione di essi, nè per conseguenza diritto di destinare uno dei fondi al servizio dell'altro. Perciò mancano tutte le condizioni della destinazione.

Similmente, è stato deciso non esservi destinazione del padre di famiglia quando il fatto giuridico che produce la divisione non costituisce che una devoluzione temporanea di godimento: tale sarebbe una donazione in anticipazione d'eredità. La collazione annienta la trasmissione di proprietà, per non lasciare al donatario che un godimento dei frutti; ma dovendosi ritenere, in diritto, la donazione come non mai esistita, non vi fu, legalmente, alcuna divisione dei fondi; vale a dire che non si presume che le parti abbiano voluto perpetuare un servigio a titolo di servitù, allorchè la separazione da cui nasce la servitù non è che temporanea, e svanisce in realtà con la collazione (3).

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 84 e nota 4. Confronta sentenza di Cassazione del 30 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 17).

(2) Parigi, 11 aprile 1836 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1016).

(3) Bastia, 17 dicembre 1856 (Dalloz, 1858, 2, 211).

180. A proposito della divisione dei fondi si presenta un'ultima questione. Il proprietario vende il fondo nel suo insieme, senza frazionarlo, a più acquirenti. É solo posteriormente alla vendita che gli acquirenti dividono l'immobile fra di loro. Vi sarà servitù per destinazione se una parte del fondo rende un servizio all'altra? É stato giudicato essere necessario che la divisione fosse opera del medesimo proprietario il quale ha costituito lo stato di cose, da cui deve risultare la servitù (1). Ma il codice non lo pretende. In caso di divisione per fatto degli eredi del proprietario, la divisione non procede certamente da lui. Poco importa d'altronde da qual parte abbia origine la divisione, purchè quelli che la fanno conservino il servizio che le parti divise rendevansi prima della divisione. Nella specie decisa dalla Corte di Liegi, uno degli acquirenti aveva fatti dei lavori che avevano notevolmente mutato lo stato dei luoghi. La sentenza insiste su questo punto. Senza dubbio se il servizio fosse posteriore alla divisione, non potrebbe più trattarsi nè di destinazione nè di servitù; occorre che il servizio esista all'atto della divisione, e che a questo momento - consenso tacito delle parti contraenti lo conservi. Ma se lo stato di cose esistente all'atto della divisione costituisce una destinazione del padre di famiglia, la servitù nascerebbe immediatamente ancorchè uno degli acquirenti facesse in seguito delle innovazioni; salvo ad applicare l'articolo 701 che regola i diritti e le obbligazioni che risultano dalla costituzione di una servitù.

181. Colui che invoca la destinazione del padre di famiglia, a guisa di titolo, deve provare che le condizioni richieste dalla legge esistono se la cosa è contestata. Qual'è l'obbietto preciso della prova? e come si somministrerà? A termini dell'art. 693, l'attore deve anzitutto dimostrare che i due fondi attualmente divisi appartenevano al medesimo proprietario; poscia che le cose vennero poste da costui nello stato dal quale risulta la servitù, ovvero, se si adotta la nostra interpretazione, che egli le ha *lasciate* in detto stato. Questa duplice prova può darsi per testimoni? Vi è qualche incertezza su questo punto nella dottrina. Il dubbio risale all'antico diritto. La prima redazione della consuetudine di Parigi non esigeva la scrittura, a differenza dell'ultima che dice (art. 216): « Destinazione del padre di famiglia vale titolo, *quando esiste un atto scritto, e non altrimenti* ». Ferrière dice che senza scrittura vi sarebbero molti abusi, che la destinazione varrebbe a coprire tutti gli attentati clandestini alla proprietà. Questo motivo cade quando le servitù sono apparenti, o, come si diceva dianzi, quando le cose sono visibili. Perciò, malgrado i termini assoluti

---

(1) Liegi, 1.° dicembre 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 283).

della consuetudine, gli interpreti ammettevano la prova testimoniale quando non vi era alcun pericolo di frode (1).

Gli autori del codice civile hanno riprodotta la disposizione della consuetudine che richiedeva una scrittura. Bisogna concludere da ciò che essi hanno inteso di ammettere la prova testimoniale? (2). La conclusione ci sembra troppo assoluta e poco giuridica. Il titolo delle *Obbligazioni* stabilisce regole generali sulle prove; queste debbono ricevere la loro applicazione in tutti i casi in cui la legge non vi deroga formalmente. Che prova dunque il silenzio dell'articolo 692? Che il diritto comune è conservato. La questione dovrà quindi essere risoluta secondo i principii generali. Si è d'accordo nell'ammettere la prova testimoniale per stabilire che lo stato delle cose da cui risulta la servitù esisteva prima della separazione dei due fondi. Infatti, che cosa è questo stato delle cose di cui parla l'articolo 693? Esso consiste in lavori eseguiti sovra uno dei fondi: tale sarebbe una finestra a prospetto praticata nel muro d'un edificio. Ora, si tratta appunto qui di quei fatti materiali per cui è lecita la prova per testi indefinitamente, qualunque sia il valore pecuniario del litigio, come diremo al titolo delle *Obbligazioni*. Rimane la seconda prova: che i due fondi appartennero alla medesima persona. È questo un fatto giuridico che cade sotto l'applicazione dell'articolo 1341, od è invece un fatto puro e semplice? Pardessus lo dice un fatto giuridico, poichè si tratta d'una questione di proprietà; ora, la proprietà si stabilisce per titoli, che si possono e si debbono constatare per iscritto. Ciò è verissimo quando la prova è richiesta da colui il quale si pretende proprietario; e bisognerà ancora fare un'eccezione se egli allega la prescrizione, poichè il possesso si prova sempre per testimoni. Ma, nella specie, non si tratta d'una questione di rivendicazione: è un acquirente o un condividente il quale domanda di provare che due fondi sono stati riuniti nelle mani di un solo e medesimo proprietario; riguardo a lui, questa circostanza non costituisce un fatto giuridico, ma un fatto materiale. D'altronde egli è un terzo; ora, come tale, può essere nell'impossibilità di procurarsi la prova scritta del fatto che i due fondi appartennero ad un medesimo proprietario; egli può dunque invocare l'eccezione dell'art. 1348. In conclusione, la prova testimoniale sarà ammissibile, non in virtù dell'articolo 692, ma in applicazione dei principii generali che regolano questo mezzo di prova (3).

---

(1) FERRIÈRE, *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. II, p. 1771, n. 2.

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 238, n. 353.

(3) TOULLIER, t. II, p. 677, nn. 610 e 611. DEMOLOMBE, t. XII, p. 326, n. 812. AUBRY e RAU, t. III, p. 85 e nota 6. In senso contrario, PARDESSUS, t. II, p. 122, nn. 290 e 291, e DELVINCOURT, t. 1.°, pag. 165, nota 7.

N. 2. — Quali servitù possono acquistarsi per destinazione.

182. A termini dell'articolo 692, la destinazione del padre di famiglia equivale a titolo, ma solamente riguardo alle servitù continue ed apparenti. Perchè la legge richiede la duplice condizione dell'apparenza e della continuità? Queste condizioni derivano dalla natura medesima della destinazione. Essa è basata sul consenso tacito delle parti interessate, consenso che interviene al momento in cui vengono divisi i due fondi l'uno dei quali è stato destinato a rendere servigio all'altro; il consenso risulta dalla volontà che hanno le parti interessate di conservare questo stato di cose; ora esse sono estranee alle opere che hanno dato luogo alla destinazione; altro non sono che un acquirente o un condividente. Perchè si possa dire che consentono a conservare la destinazione, occorre anzitutto che la conoscano; bisogna dunque che la vedano; donde la condizione dell'apparenza. Se il servizio che uno dei fondi rende all'altro non è apparente, non si può dire che le parti interessate consentano che sia conservato a titolo di servitù, poichè nessun segno esterno rivela loro l'esistenza di questo servigio, e ignorando che esiste, non possono avere l'intenzione di perpetuarlo.

È più difficile rendersi ragione della seconda condizione, quella della continuità. Un passaggio è praticato tra due fondi appartenenti ad un medesimo proprietario; esso si manifesta con una porta od una strada: non ne nascerà una servitù. Perchè? Perchè vi è dubbio sull'intenzione delle parti. Esse conservano il passaggio, ma a qual titolo? Può essere per tolleranza, per rapporti di buon vicinato, come pure a titolo di servitù. Nel dubbio, non si poteva ammettere la volontà di costituire una servitù per consenso tacito, poichè non vi è consenso tacito che allorquando sia impossibile di dare un'altra interpretazione al fatto da cui vuolsi indurre il concorso di volontà. In materia di servitù sovratutto occorre che non vi sia alcun dubbio sulla volontà di costituirla, essendo in giuoco la libertà dei fondi; nel dubbio, bisogna pronunziarsi in favore della libertà e contro la servitù.

183. È stato deciso che una servitù d'acquedotto possa costituirsi per destinazione, quantunque le acque siano condotte da canali sotterranei. Nella specie, esistevano opere esterne all'apertura ed all'uscita dell'acquedotto; la derivazione delle acque era evidente, e quindi non vi era alcun dubbio sul carattere apparente della servitù (1). La servitù di stillicidio è ugual-

(1) Sentenza di rigetto del 20 dicembre 1825 (DALLOZ, alla parola *Servitude* n. 1010).

mente apparente e continua; l'articolo 688 la colloca fra le servitù continue, al pari di quella d'acquedotto; l'apparenza non è se non una questione di fatto (1). È stato deciso che lo stillicidio delle acque piovane è una servitù apparente, poichè si manifesta con la disposizione del tetto in isporgenza sul fondo vicino (2). Noi abbiamo detto innanzi (n. 142) che la servitù d'inondazione o di sommersione è stata dichiarata non apparente, perchè nessuna opera esterna ne manifesta l'esistenza.

Si è sostenuto che una servitù di attingere acqua è continua ed apparente quando si esercita mediante una pompa che si trovi nel fondo dominante, e che comunichi, a mezzo di un tubo, col pozzo del vicino. Il testo medesimo del codice respinge questa pretesa, poichè l'articolo 688 colloca il diritto di attingere acqua tra le servitù discontinue; infatti ancorchè l'acqua venga attinta col mezzo di una pompa, è sempre necessario, per ciò, che intervenga il fatto dell'uomo: il che rende la servitù discontinua (3).

La servitù di non costruire ad una altezza maggiore, ha dato luogo ad una controversia più seria. È certo che, in sè stessa considerata, questa servitù non è apparente; ma nella specie non era reclamata come servitù principale. L'acquirente d'un immobile aveva stipulato sul fondo contiguo appartenente al suo venditore delle finestre destinate a dare al suo fondo aria e luce. Egli pretese che questa convenzione implicasse una servitù di non costruire, servitù che, nella specie, manifestavasi con finestre a prospetto. Siccome, all'atto della separazione dei due fondi le finestre erano state conservate, ne risultava, secondo lui, che la servitù di non costruire era apparente. Questo mezzo non trovò favore innanzi alla Corte di cassazione; essa lo rigettò decidendo che la servitù *altius non tollendi* non è apparente; donde segue che non può essere costituita per destinazione (4). Vi era un altro motivo perentorio per rigettare il ricorso. Nella specie, esisteva un titolo che stabiliva una servitù di veduta. Quindi non poteva esser più questione di destinazione del padre di famiglia: ove vi è volontà espressa non si può allegare una volontà tacita. Si poteva dunque rispondere all'attore: se voi reclamate la servitù *altius non tollendi* come accessorio o dipendenza della servitù di veduta, è il titolo che deciderà, e di fronte al titolo non può parlarsi più di destinazione. Se voi reclamate questa servitù in virtù del segno apparente delle finestre, la vostra pretesa è inammissibile, poichè la servitù *altius non tollendi* non è mai apparente.

---

(1) Bordeaux, 1.° febbraio 1829 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 417).
(2) Bruxelles, 18 aprile 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 107).
(3) Bruxelles, 25 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1856. 2, 22).
(4) Sentenza di rigetto del 5 agosto 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 539). Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 87, nota 11.

N. 3. — Del caso contemplato dall'articolo 694.

184. L'articolo 694 prescrive: « Se il proprietario di due fondi tra i quali esista un segno apparente di servitù, dispone di uno di essi senza che il contratto contenga veruna convenzione relativa alla servitù, questa continua ad esistere attivamente e passivamente in favore del fondo alienato o sopra di questo ». Tale disposizione ha dato luogo a lunghe controversie; vi sono almeno cinque interpretazioni diverse (1). Lasciamo da parte le opinioni ormai abbandonate: a che pro combattere dottrine che nessuno pensa più di sostenere? La vera lotta è tra la spiegazione data dall'Albisson, il relatore del Tribunato, e il sistema consacrato dalla giurisprudenza costante della Corte di cassazione di Francia. Noi non esitiamo a pronunciarci per l'opinione dell'Albisson contro la giurisprudenza francese.

Un fondo deve servigio ad un altro, vale a dire è gravato da una servitù; se i due fondi sono riuniti nel medesimo proprietario, la servitù si estingue per confusione, ancorchè il fondo dianzi serviente rimanga affetto al servizio del fondo dianzi dominante; questo servigio ora vien reso a titolo di proprietà. Più tardi il proprietario dispone d'uno dei due fondi, senza che nell'atto di alienazione sia fatta alcuna menzione della servitù. Nasce allora la questione di sapere se la servitù continua, o, per meglio dire, se rivive. Il diritto romano si dichiarava per la negativa: siccome la servitù era realmente estinta, occorreva una dichiarazione espressa di volontà per farla rivivere. Questo principio è conservato dal codice civile. Ma esso vi fa eccezione quando esiste un segno apparente di servitù; la riserva in questo caso non è più necessaria, dice il relatore del Tribunato, perchè la cosa parla da sè medesima. Se dunque tra i due fondi vi è un segno apparente di servitù, il silenzio delle parti non impedisce che la servitù sussista, attivamente o passivamente, in favore del fondo alienato o sovra di esso (2).

Questa è l'interpretazione di Albisson. L'articolo 694 così inteso si concilia perfettamente con gli articoli 692 e 693. Questi prevedono il caso in cui una servitù è costituita per destina zione del padre di famiglia, e richiedono che essa sia nel con tempo continua ed apparente perchè risulti dal concorso del consenso tacito delle parti interessate. All'incontro l'articolo 694 fa rivivere una servitù che era estinta per confusione: poco importa quale sia questa servitù, continua o discontinua, purchè vi sia un segno apparente che ne manifesti l'esistenza; di guisa

(1) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. III, p. 85, nota 9.
(2) ALBISSON, Relazione fatta al Tribunato, n. 16 (LOCRÉ, t. IV, p. 190).

che una servitù di passaggio che si manifesta con una porta cade sotto l'applicazione dell'articolo 694; essa rivive se, dopo che ebbe ad estinguersi per confusione, questa sia venuta a cessare. Ma non può costituirsi per destinazione del padre di famiglia, in virtù degli articoli 692 e 693, essendo discontinua.

Questa opinione, adottata da Zachariae e Pardessus (1), non ha per sè che una sentenza della Corte di Lione, e qualche giudicato della Corte di Bruxelles (2); essa è sostenuta valorosamente da Marcadè, ma tanto la maggior parte degli scrittori quanto la giurisprudenza la ripudiano. L'interpretazione di Albisson vien respinta come puramente divinatoria (3). La è, si dice, un'opinione personale del relatore; nulla prova, dice la Corte di Gand, che sia stata condivisa o dal Consiglio di Stato, o dal Corpo legislativo; essa non è neppure riprodotta nel discorso dell'oratore del Tribunato. Noi risponderemo, con la Corte di Bruxelles, che l'autorità di Albisson è maggiore di quella degli interpreti, siano pure i più dotti (4). A torto si dice che la sua è un'opinione puramente individuale; invero, Albisson parla nella sua qualità di relatore della sezione di legislazione del Tribunato; la sua relazione adottata dalla sezione è dunque l'opera di questa, e per conseguenza del Tribunato, il quale emise il suo voto appunto sopra di quella. L'interpretazione data da Albisson ha quindi in suo favore l'autorità d'uno dei corpi che, giusta la costituzione dell'anno VIII, prendevano una parte attiva alla codificazione. Non si pretende certo di sostenere che ciò sia affatto decisivo; Albisson e con lui il Tribunato poterono senza dubbio ingannarsi. Occorrerà dunque che ci facciamo ad investigare se questa interpretazione è contraria, come si afferma, al testo ed allo spirito della legge.

Quanto al testo, si esclude l'interpretazione di Albisson perchè la si dice in certo modo inammissibile. Se l'articolo 694, si osserva, avesse il senso che gli dà l'oratore del Tribunato, avrebbe dovuto essere collocato in seguito all'articolo 705, che tratta della *estinzione* delle servitù per effetto della confusione, disposizione alla quale, secondo l'opinione del Tribunato, derogherebbe l'art. 694; mentre questo è collocato invece nella sezione che si occupa della *costituzione* delle servitù. Si pretende che ciò dimostri l'erroneità dell'interpretazione. Rispondiamo che l'obbiezione, anche supponendola fondata, non proverebbe che un vizio di classificazione, come ve n'ha più d'uno nel

---

(1) ZACHARIAE, traduzione di MASSÉ e VERGÉ, t. II, p. 203, nota 10.

(2) Lyon, 11 giugno 1831 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1024). Bruxelles, sentenza di cassazione del 31 gennaio 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 33), 14 luglio 1859 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 299) e 20 dicembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 46).

(3) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 240, n. 354. Gand, 11 marzo 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 49).

(4) Bruxelles, 20 dicembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 51).

codice. Ma è ben vero che l'articolo 694 sia affatto estraneo alla materia della costituzione delle servitù per destinazione del padre di famiglia? La servitù, che era estinta, rivive. Ora, un diritto che rinasce, dopo aver perduto esistenza, è un diritto che si costituisce, ed in qual modo? Per una ragione che ha una grandissima analogia con ciò che dicesi destinazione. Una servitù di passaggio viene ad estinguersi per confusione; ma il proprietario dei due fondi mantiene il passaggio, conserva la porta che manifesta l'esistenza del servigio che uno dei fondi continua a rendere all'altro: non è ciò una vera destinazione? Fa difetto una soltanto delle condizioni della destinazione ordinaria: la servitù è discontinua, bisognava dunque, se si voleva che la servitù nascesse da questa specie di destinazione, che il legislatore lo dicesse; e la disposizione che lo decide trovava il suo posto naturale in seguito agli art. 692 e 693, ai quali, in un certo senso, essa deroga, poichè ammette che si costituisca una servitù, per tacito consenso, in virtù d'una destinazione, e senza che la servitù sia continua.

Vediamo ora se l'interpretazione dell'Albisson sia divinatoria, e se non trovi appoggio nel testo e nello spirito della legge. L'articolo 694 comincia col dire che due fondi si trovano nelle mani d'un medesimo proprietario, e che esiste fra di essi un *segno apparente di servitù*. Che vuol dir ciò? Non vi è servitù attuale, perchè *res sua nemini servit*. Se dunque esiste un *segno apparente di servitù*, questo segno indica che vi stata una servitù la quale pel momento è di diritto estinta. L'articolo continua e dice che il proprietario dispone d'uno dei fondi; si stipula un contratto, e questo, dice l'articolo 694, non contiene alcuna *convenzione relativa alla servitù*. Ecco un'altra volta il caratteristico termine di *servitù!* Perchè il contratto avrebbe parlato di servitù? Perchè ne esisteva una, estinta poi per confusione: si tratta ora di sapere se le parti hanno inteso di farla rivivere. Se tale è la loro volontà, è mestieri che si spieghino chiaramente, che affermino in modo espresso che è loro intenzione di conservare la servitù; in questo senso occorre *una convenzione relativa alla servitù*. Ma che si deciderà se il contratto serba il silenzio, e non vi si trova alcuna clausola concernente la servitù? Essa continua nondimeno ad esistere, dice la legge, se esiste un segno apparente di servitù tra i due fondi. L'articolo 694 non dice che una servitù è *costituita*, non dice che la servitù *rivive;* essa *esisteva* e *continua ad esistere*. Questa espressione energica indica assai chiaro che non si tratta della costituzione d'una nuova servitù, d'una servitù che non ha mai avuto esistenza; vi era una servitù, essa *esisteva* e *continua ad esistere*, purchè vi sia un *segno apparente* che la manifesti. È ben questa l'ipotesi di Albisson: essa è dunque scritta nella nostra legge. Non si dica quindi che il relatore del Tribunato ha voluto crearla: egli non ha fatto che spiegarla, e la sua interpretazione non è che una parafrasi del testo.

Ma a questo punto ci si arresta affermandosi che non possiamo trarre alcun profitto per la nostra tesi dalla lettera della legge; che l'espressione *continua ad esistere* non è esatta; che secondo la nostra opinione la servitù che si presuppone, è ormai estinta per confusione; dunque non si può dire che la servitù *continua*; avrebbe dovuto dirsi che rivive. A nostro parere, l'espressione di cui si serve l'articolo 694 è perfettamente giuridica. La confusione è un modo d'estinzione comune ad ogni specie di diritti, siano personali o reali; ma ha questo di particolare, che l'estinzione è fondata unicamente sulla impossibilità in cui il creditore divenuto debitore od il debitore, divenuto creditore, si trovano di esercitare attivamente o passivamente il diritto stesso. In realtà il diritto sussiste, solamente non si può procedere per l'esecuzione. Se tale è l'effetto della confusione in materia di obbligazioni, uguale questo deve essere anche in tema di servitù, poichè anche qui v'è un fondo che deve la servitù ed un fondo cui questa è dovuta, o, secondo la stessa espressione del Codice, un fondo debitore ed un fondo creditore. Ora il fondo creditore non può esercitare il suo diritto, perchè appartenendo il fondo debitore al medesimo proprietario, i due fondi non formano più che una sola e medesima proprietà, la quale è, nel tempo istesso, debitrice e creditrice. Se dunque la servitù si estingue, gli è unicamente perchè l'esercizio ne diviene impossibile; in realtà essa sussiste e *continua*, come dice l'articolo 694, se scomparisce l'ostacolo che impediva di esercitarla. Il testo conferma dunque pienamente l'interpretazione di Albisson, e la decisione del Codice è suffragata dai principii generali di diritto.

No, si dice. Voi aggiungete alla legge una condizione che non vi è scritta, osservano i valenti interpreti di Zachariae, i quali, sull'argomento, si sono allontanati dalla opinione del loro autore. Infatti voi obbligate colui che invoca l'articolo 694 a produrre il titolo con cui la servitù è stata originariamente costituita, mentre la legge non pone a suo carico altra prova se non quella dell'esistenza d'un segno apparente di servitù (1). Abbiamo già risposto a simile obbiezione; se è vero che l'articolo 694 prevede il caso d'una servitù estinta per confusione, bisogna naturalmente che colui il quale pretende che essa *continui ad esistere* dia la prova che la medesima ha, in precedenza, *esistito*. La necessità della prova risulta dunque dagli stessi termini della legge, se la si interpreta come fa l'oratore del Tribunato. Si afferma che a ciò si opponga lo spirito della legge; gli autori che combattono la nostra opinione ci sfidano a dare un motivo razionale della differenza che il legislatore avrebbe stabilita tra il caso in cui la destinazione risulta da

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 87, nota 9.

una servitù anteriore, estinta ma conservata nel fatto, e il caso d'una destinazione stabilita dal proprietario dei due fondi. In quest'ultima ipotesi, l'articolo 692 richiede che la servitù sia continua ed apparente; di guisa che un passaggio, quantunque praticato mentre i due fondi erano in potere di uno stesso proprietario, quantunque si manifesti con un'opera esterna, non si stabilirà per destinazione quando i due fondi si trovino separati. Questo istesso passaggio diverrà invece una servitù se prima della riunione dei due fondi fosse stato praticato a titolo di servitù. In che sta la ragione di questa differenza così considerevole? Non è evidente, si dice, che i due casi sono, in fondo, assolutamente identici? Perchè dunque si applicherebbero loro regole diverse? « Niuno giungerà mai a giustificare una simile distinzione » (1). Noi crediamo di aver risposto alla sfida. Le due ipotesi sono affatto diverse; nell'una, quella della vera destinazione del padre di famiglia (art. 692), si tratta di *costituire* una servitù *non mai esistita;* per crearla, il legislatore non può fondarsi che sulla volontà tacita delle parti contraenti; questa volontà è dubbia quando la servitù si stabilisce per destinazione. Nell'altra ipotesi la servitù *ha esistito*, è stata praticata, vi erano dunque motivi seri per costituirla; non si può supporre più la tolleranza, il buon vicinato, poichè il servizio fu reso a titolo di stretto diritto. La utilità che ha fatto costituire la servitù fa sì che essa sia pur conservata pel tempo in cui i fondi si trovano riuniti presso il medesimo proprietario. Più tardi, i due fondi vengono divisi, e rimane un segno apparente di questa servitù, necessaria od utile. Venendo a cessare la causa che rendeva impossibile l'esercizio della servitù, la confusione, non si dovrà dire che la servitù riprende il suo corso, che *continua ad esistere*, come si esprime l'articolo 694? Non vi è che un motivo solo di dubbio: il compratore è a conoscenza della servitù? E se la ignora, può esservi una servitù a suo carico od a suo vantaggio senza che egli lo sappia, senza che lo voglia? Ecco perchè la legge richiede, nel silenzio del contratto, un segno apparente di servitù.

185. Dobbiamo far conoscere l'opinione contraria, che ha per sè la giurisprudenza costante delle Corti di Francia e l'autorità di egregi giureconsulti, riservandoci di esporre poi le nostre obbiezioni. Essa ammette che l'articolo 694 prevede un caso di destinazione del padre di famiglia, vale a dire un caso in cui la servitù è costituita per destinazione; ma a differenza del caso generale dell'articolo 692, il quale richiede che la servitù sia nel contempo continua ed apparente, l'articolo 694 si contenta d'un segno apparente di servitù. Rimane a precisare il caso in

---

(1) Sono le parole di Mourlon (t. I, p. 812), il quale non fa che ripetere ciò che dicono Demante e Demolombe.

cui la disposizione speciale dell'articolo 694 dovrà prevalere sulla disposizione generale dell'articolo 692. Non basta un segno apparente; se ciò bastasse, l'articolo 694 farebbe ben più che derogare all'articolo 692, lo abolirebbe, poich l'articolo 692 non ammette la destinazione per le servitù discontinue sebbene apparenti, mentre l'articolo 694 la ammetterebbe per queste stesse servitù qualora fossero apparenti. L'articolo 694 richiede una condizione perchè una servitù apparente, quantunque discontinua, si stabilisca per destinazione, cioè che la separazione dei due fondi abbia avuto luogo in virtù d'un contratto e che questo non contenga alcuna convenzione relativa alla servitù. È dunque nel silenzio del titolo, combinato col segno apparente di servitù che esiste sopra l'uno dei fondi, che bisogna cercare la causa della costituzione della servitù. Da ciò si deduce che colui il quale ha una pretesa alla servitù deve esibire il titolo in forza di cui si è operata la divisione dei fondi. La differenza tra il caso dell'articolo 692 e quello dell'articolo 694 sta dunque in ciò: quando non vi è titolo, vale a dire scrittura, non si è più nel caso dell'eccezione stabilita dall'articolo 694; si rientra per conseguenza nella regola dell'articolo 692: occorrerà che la servitù sia continua ed apparente. Quando, al contrario, vi è un titolo, e questo serbi il silenzio sulla servitù, essa nascerà dalla destinazione del padre di famiglia, purchè vi sia un segno apparente che la manifesti (1).

L'argomento principe, il solo che la Corte di cassazione invochi in favore di questa interpretazione, è il testo dell'art. 694, e non ne occorrerebbe altro se la lettera della legge fosse così chiara come si pretende. Ma quando sul significato di una disposizione si sono formate ben cinque opinioni, è lecito certamente di dubitare della sua perspicuità. L'opinione consacrata dalla giurisprudenza si attiene esclusivamente a queste parole dell'articolo 694: *tra i quali esista un segno apparente di servitù*. Ecco, si dice, tutto quanto la legge richiede, se il titolo serba il silenzio: pretendere di più sarebbe estendere arbitrariamente la legge, crearla. Questa interpretazione dell'articolo 694 non tiene alcun conto di tutto il resto della disposizione, nè dell'espressione ripetuta di *servitù* di cui esiste

(1) Demante, t. II, p. 645, n. 549 *bis*. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, p. 240, n. 354. Demolombe, t. XII, p. 344, n. 821; Aubry e Rau, t. III, p 87 e seg., e nota 9. La giurisprudenza è in questo senso; ma le sentenze, compresevi quelle della Corte di cassazione, sono debolmente motivate; noi non citiamo che le migliori. Sentenza di rigetto del 26 aprile 1837 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1021, 1.°); dell'8 giugno 1842 sezione civile (*ibid.*, n. 1022, p. 272) e sentenza di Cassazione del 30 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 17) Douai, 1.° luglio 1837 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1021, 1.°). Le Corti del Belgio decidono nel medesimo senso, salvo le sentenze di Bruxelles da noi citate al n. 184. Bruxelles, 11 luglio 1838, 16 aprile 1845, 13 agosto 1858 e 26 febbraio 1850 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 205; 1845, 2, 116; 1858, 2, 327, e 1859, 2, 246; Gand, 11 marzo 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 48) e Liegi, 19 aprile 1845, e 1.° dicembre 1869 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 303; 1870, 2, 283).

un segno apparente, nè dell'espressione *continua ad esistere*, la quale include che si tratti di un'antica servitù che rivive. Non vi è nel testo una parola che indichi la costituzione di una nuova servitù; tutti i termini di cui la legge si serve suppongono l'esistenza attuale d'una servitù e la sua continuazione; mentre nell'opinione generale, è una nuova servitù che si costituisce; questa servitù si fonda sopra una destinazione speciale che deroga alla destinazione generale, quale trovasi definita dagli articoli 692 e 693. La questione va dunque posta così: quali sono i motivi per cui dopo aver richiesto, nell'articolo 692, la duplice condizione della continuità e dell'apparenza perchè le servitù si costituiscano per destinazione, il legislatore si contenta dell'apparenza nel caso previsto dall'articolo 694? Siccome la lettera del testo è, come non si può affatto negare, piuttosto incerta, la difficoltà deve essere decisa dallo spirito della legge.

Vi sono ragioni che giustificano la deroga che, secondo l'opinione consacrata dalla giurisprudenza, l'articolo 694 apporta all'articolo 692? Occorre anzitutto ben precisare in che essa consista. Tra i due fondi appartenenti al medesimo proprietario, esiste una porta, segno apparente di un servizio che uno dei fondi rende all'altro. I due fondi son divisi. Nascerà, all'atto della divisione, una servitù di passaggio in virtù della destinazione del padre di famiglia? No; è il caso dell'articolo 692, la servitù essendo discontinua non si costituisce per destinazione. Che occorre inoltre perchè vi sia luogo ad applicare l'articolo 694? Occorre, dice la legge, che « il proprietario disponga d'uno dei fondi senza che il *contratto* contenga alcuna convenzione relativa alla servitù ». Che s'intende qui per *contratto?* Stando ai principii generali, bisogna rispondere che vi è contratto ogni qualvolta si abbia concorso di consenso. Sotto questo aspetto, esiste un contratto anche nel caso dell'art. 692. Infatti come si opera la divisione? Pothier lo dice, per alienazione o per divisione fra eredi; in entrambi i casi vi è contratto sol perchè vi è concorso di consenso delle parti interessate. Perchè vi sia una differenza tra gli articoli 692 e 694, bisogna richiedere dunque qualche cosa di più nel caso dell'articolo 694: è un atto che constata la convenzione, e bisogna che questo non contenga alcuna clausola relativa alla servitù. È ben così che, nell'opinione comune, s'intende l'articolo 694. Ecco dunque, in conclusione, la sola differenza tra l'articolo 694 e l'articolo 692. Il proprietario dei due fondi tra i quali esiste un segno apparente di servitù di passaggio vende uno dei fondi; non si redige alcuna scrittura: è il caso dell'articolo 692, non vi sarà servitù. Che se vien redatta una scrittura e a questa serba il silenzio sulla servitù, vi sarà servitù di passaggio. La giurisprudenza è in questo senso (1).

---

(1) Bordeaux, 13 marzo 1856 (Dalloz, 1856, 2, 207).

Ora noi domandiamo: dove sta la ragione della differenza? Constatiamo anzitutto che l'opinione generale, la quale pretende d'appoggiarsi al testo della disposizione, ne eccede i termini. La legge parla di un *contratto*, e gli interpreti aggiungono che questo deve essere constatato da una *scrittura*, la quale dovrà esibirsi per provare che essa conserva il silenzio sulla servitù. Adunque, anche basandosi sul testo, si è obbligati ad aggiungervi qualche cosa, per trovare una differenza tra i due casi di destinazione. Vi è almeno una ragione della differenza che si crea in modo così arbitrario? Ricordiamoci del perchè l'articolo 692 richiede che la servitù sia continua onde si costituisca per destinazione. Gli è in quanto non può supporsi che vi sia volontà tacita di costituire una servitù, quando si tratta d'una servitù discontinua, come un diritto di passaggio. Ebbene, la cosa andrà forse diversamente quando le parti redigono una scrittura della vendita, e questa non contenga il menomo accenno alla servitù? Forse che il silenzio della scrittura toglie il dubbio che lascia la volontà tacita delle parti interessate? Tale è la questione ridotta ai termini più semplici, e, in verità, basta enunciarla per risolverla. Io vendo uno dei fondi tra i quali esiste un segno apparente di passaggio, nulla si dice di questo passaggio al momento della vendita, e non si esige alcun atto al riguardo: la nostra volontà di costituire una servitù è incerta, e, per ciò, non esisterà. Se, nella medesima ipotesi, noi redigiamo un atto in cui nulla venga detto della servitù, questa continuerà a sussistere: forse che la nostra volontà di costituire la servitù sarà più certa? Cosa singolare! I partigiani dell'opinione che noi combattiamo non hanno pensato che le ipotesi degli articoli 692 e 694 si confondono quando s'interpreta l'articolo 694 come essi fanno. Infatti, anche nel caso dell'articolo 692, vi è silenzio delle parti interessate, poichè vi è consenso tacito. Che importa che questo silenzio sia provato o non da una scrittura? La prova del silenzio aggiunge qualche forza al silenzio e fa scomparire il dubbio che esiste sull'intenzione di creare una servitù? Se si ammette che, nel caso dell'articolo 694, la servitù di passaggio si costituisce sol perchè l'atto serba il silenzio sulla servitù, ci troviamo in realtà nella ipotesi prevista dall'articolo 692 e riusciamo per conseguenza ad una vera contraddizione: cioè che una servitù discontinua si costituisce per destinazione, quando, nell'atto di alienazione, le parti hanno serbato silenzio sulla servitù; mentre non si costituisce per destinazione, quando, senza stendere alcun atto, le parti hanno egualmente serbato il silenzio. In conclusione, una sola e medesima servitù di passaggio, nelle identiche circostanze, si costituisce o non si costituisce per destinazione, senza che vi sia un'ombra di ragione per spiegare questa differenza!

186. Ma perchè l'opinione da noi combattuta ha, in suo favore, una giurisprudenza costante, siamo obbligati di seguirla

nelle sue applicazioni; vi troveremo nuove inconseguenze e nuove contraddizioni. Poichè vi sia luogo ad applicare l'articolo 694, occorre anzitutto che esista un *segno apparente di servitù* tra due fondi. Che bisogna intendere per *segno apparente di servitù?* Gli autori e le sentenze rispondono che il segno deve essere tale, che non vi sia alcun dubbio sull'esistenza della servitù (1) o per meglio dire del servigio che, secondo l'intenzione del padre di famiglia, uno dei fondi rende all'altro e che, per consenso delle parti contraenti, deve continuare a rendergli a titolo di servitù. Nell'opinione generale, si sta strettamente a questa prima condizione di un *segno apparente*, essendo la essenziale, e, a dire il vero, la sola richiesta. È stato deciso che un segno apparente di passaggio non bastasse, quando fosse provato che il proprietario non aveva avuta l'intenzione di creare tra i diversi fondi un rapporto permanente di servitù prediale, e che non ha costituito il passaggio, se non per procurarsi personalmente talune agevolezze per la coltivazione (2). Questa interpretazione restringe il testo dell'articolo 694: la legge non richiede che la esistenza di un segno apparente di servitù, vale a dire di un servizio reso da un fondo all'altro. Una interpretazione la quale non si basa che sulla lettera del codice, non dovrebbe mai allontanarsene.

Occorre altresì che il segno apparente abbia un carattere non equivoco di perpetuità (3). Ciò sembra dire che il segno debba consistere in un'opera d'arte fatta dalla mano dell'uomo; tuttavia non si giunge fino a tanto, poichè la legge non lo richiede (4). Sempre però deve esservi un segno esteriore che indichi l'esistenza d'una servitù. È stato deciso che le *rotaie* non costituissero un segno apparente d'una servitù di passaggio; esse provano solamente che il proprietario è passato, non già che egli abbia destinato uno dei fondi a servire di passaggio (5). Anche quando fosse esistita una strada destinata al passaggio, perciò un segno apparente di servitù, è avvenuto che non si è ammessa la costituzione d'una servitù di passaggio per destinazione. Si costituisce una società per la costruzione di cantieri; uno dei soci vende alla società i terreni destinati a costruirli; sui terreni conservati dal venditore, esistevano alcune vie di comunicazione che menavano agli sbarcatoi ed ai bacini. Gli atti serbavano il silenzio su queste vie; si era

(1) Bourges, 10 agosto 1831 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1020). DEMOLOMBE, t. XII, p. 348, n. 823.

(2) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 30 dicembre 1865 (*Pasicrisie*, 1866, 1, 358).

(3) Nancy, 9 gennaio 1840 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1031).

(4) Bourges, 13 dicembre 1825 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, 1, 1028).

(5) Bourges, 24 novembre 1830 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1029). Bruxelles, 6 gennaio 1866 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 327).

dunque nei termini dell'articolo 694, così come lo interpreta la giurisprudenza. Nondimeno la Corte di Parigi decise non esservi servitù, poichè tale non avea potuto essere l'intenzione delle parti contraenti (1). Ma con ciò si viene ad introdurre una nuova condizione che il testo ignora. La giurisprudenza indietreggia innanzi ai suoi propri principii; essa invoca la lettera della legge e nel contempo ne restringe il significato. Vi ha realmente pericolo nell'ammettere che una servitù discontinua si costituisca sol perchè un segno apparente la manifesti e il titolo serbi il silenzio. Per allontanare il pericolo, la giurisprudenza restringe la legge; vi è un mezzo più sicuro e più giuridico di prevenirlo, cioè di attenersi all'articolo 692.

L'applicazione dell'articolo 694 diviene quasi una questione di apprezzamento delle circostanze di fatto (2), cosa che non è certo nel testo nè nello spirito della legge. Un pedaggio è un segno apparente? La Corte di cassazione ha deciso l'affermativa, ma invocando le circostanze della causa (3). Simili restrizioni e riserve sono sconosciute al codice. Questo non prevede il caso della costituzione di una nuova servitù; non fa altro che conservare una servitù che ha esistito e che si continua a praticare; e si capisce benissimo che il legislatore si mostri più tenero per la conservazione di una servitù antica che per la costituzione di una nuova.

S'intende da sè che se un servigio è stabilito tra i due fondi pel comodo personale del proprietario e non per l'utilità del predio, non può trattarsi più di destinazione del padre di famiglia. Ciò non è che l'applicazione del diritto comune (4).

187. L'articolo 694 stabilisce una seconda condizione: occorre che il contratto non contenga alcuna convenzione relativa alla servitù (5). Donde la necessità di esibire il contratto, vale a dire l'atto scritto, allo scopo di constatare che non contiene alcuna stipulazione riguardo alla servitù di cui si contende. Avviene assai spesso che gli atti contengano una clausola generale la quale dichiari che il fondo è venduto colle sue servitù attive e passive, cosa perfettamente inutile, essendo ciò di diritto. Si domanda se una simile clausola faccia ostacolo all'applicazione dell'articolo 694. Vi è un motivo di dubbio, cioè che le parti essendosi occupate delle servitù esistenti, avreb-

---

(1) Parigi, 17 agosto 1865, confermata da una sentenza di rigetto del 10 dicembre 1866 (DALLOZ, 1867, 1, 498).

(2) In un'altra specie, la Corte ha mantenuto il passaggio a titolo di servitù, fondandosi sulle circostanze della causa. Orléans, 15 febbraio 1868, confermata da una sentenza di rigetto del 12 gennaio 1869 (DALLOZ, 1868, 2, 157 e 1870, 1, 224).

(3) Sentenza di rigetto del 2 novembre 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 272).

(4) Gand, 25 giugno 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 359). DURANTON, t. V, p. 581, n. 572. DEMOLOMBE, t. XII. p. 347, n. 822.

(5) Sentenza di rigetto del 10 dicembre 1866 (DALLOZ, 1867, 1, 498); DEMOLOMBE, t. XII, p. 439, n. 825.

bero altresì manifestata la volontà di stabilire una nuova servitù, se tale fosse stata la loro intenzione; non vi è più il silenzio del titolo, dunque non vi è servitù; il titolo essendosi espresso, non si può più invocare la volontà tacita delle parti. La Corte di cassazione non ha ammessa questa interpretazione; infatti essa è contraria al testo dell'articolo 694; questo non prevede il caso di una clausola generale e senza alcun valore, ma suppone che non vi sia convenzione relativa *alla servitù*, cioè a quella che si manifesta con un segno apparente (1). Bisogna aggiungere che le clausole generali, non sono, a dire il vero, una convenzione delle parti contraenti, ma una formola di stile.

188. Non occorre anche una terza condizione? L'art. 694 dice: « Se il proprietario di due fondi tra i quali esiste un segno apparente di servitù ». Ciò suppone due fondi distinti, l'uno dei quali è affetto al servigio dell'altro. Si può estendere la disposizione al caso in cui il proprietario stabilisce un servigio fra due porzioni di un solo e medesimo fondo? La giurisprudenza e la dottrina si pronunciano per la interpretazione estensiva (2). Qui vi è una contraddizione ed una inconseguenza evidenti nel sistema generalmente seguìto. Si conviene che l'articolo 694 sia un'eccezione alla regola stabilita dall'articolo 692; ora qualunque eccezione non va forse interpretata in senso ristretto? E non bisogna sopratutto applicare questa massima quando si tratta della libertà dei fondi? Questo è certamente lo spirito della giurisprudenza, quando interpreta il *segno apparente* di cui la legge richiede l'esistenza; perchè ne devia allorchè il testo dice formalmente che occorrono due fondi? Egli è perchè esigendo due fondi, come vuole il testo, si cadrebbe in un altro assurdo. Anche l'articolo 692 parla di *due fondi*; nondimeno tutti ammettono essere sufficiente che una parte d'un fondo serva all'altra perchè vi sia destinazione del padre di famiglia. Vi è una ragione perchè sia altrimenti nel caso dell'articolo 694? No, certo. Ecco un vero conflitto di principii. Secondo la opinione di Albisson, il conflitto non esiste, ed il testo ha un'applicazione affatto naturale. Supponendo che la servitù abbia preesistito alla riunione dei due fondi nel medesimo proprietario, si intende da sè che occorrono due fondi: secondo questa opinione tutto si spiega, tutto si segue e si concatena, mentre la teorica generale cade da contraddizione in contraddizione.

---

(1) Sentenza di rigetto del 2 febbraio 1825 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, numero 1034).

(2) Vedi le sentenze in DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1037 e sentenza di Parigi del 25 maggio 1862, confermata da una sentenza di rigetto del 7 aprile 1863 (DALLOZ, 1862, 2, 111, e 1863, 1, 415). Vi è una sentenza in senso contrario della Corte di cassazione del 10 maggio 1815 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1036). Confronta DEMOLOMBE, t. XII, p. 350, n. 826.

189. La medesima difficoltà si presenta in una questione sulla quale la giurisprudenza è divisa. A termini dell'articolo 694, la servitù continua ad esistere quando il proprietario *dispone* di uno dei fondi tra i quali esiste un segno apparente di servitù. La parola *disporre* include un'alienazione; essa si applica nell'istessa guisa ad una donazione o ad una vendita, poichè anche il donante fa *atto di disposizione* (1); poco importa ancora che la vendita sia giudiziaria o volontaria, poichè è bene il debitore esecutato quello che vende. Su questi punti, non potrebbero nascere dubbi seri (2). Ma che bisogna decidere in caso di divisione? Le Corti di Tolosa e di Metz hanno giudicato, con sentenze assai ben motivate, che non si poteva applicare l'articolo 694. È certo che il testo non è applicabile, poichè il proprietario i cui beni sono divisi dopo la sua morte non *dispone* del fondo, come vuole l'articolo 694. La questione è dunque di sapere se può estendersi la legge ad un caso che essa non prevede. Noi abbiamo risposto che una disposizione essenzialmente eccezionale non è capace di interpretazione estensiva. Gli è ciò che la Corte di Metz stabilisce sino all'evidenza (3). Che risponde la Corte di cassazione? La ragion di decidere è la medesima, essa dice; infatti, la disposizione dell'articolo 694 essendo fondata sovra una presunzione di consenso dedotta dal silenzio delle parti, questa presunzione si applica tanto alla divisione quanto all'alienazione a titolo oneroso o gratuito (4). Ammettiamo che sia così, quantunque altre Corti lo contestino: dov'è l'eccezione che non si potrebbe estendere, se si ragionasse per analogia? Tuttavia la Corte di cassazione ha le mille volte giudicato che le eccezioni non si estendono quantunque il motivo di decidere sia identico. Nella specie, vi è una ragione perentoria per mantenere questa regola d'interpretazione. La giurisprudenza interpreta restrittivamente la condizione del *segno apparente* richiesta dall'articolo 694; si può comprendere che essa interpreti in modo estensivo la parola *disporre* di cui si serve la legge? Perciò essa ora amplifica il testo, ed ora lo restringe: prova questa che non ha di mira alcun principio sicuro.

Vi è una sentenza della Corte di cassazione che è andata ancora più in là in questo sistema di interpretazione estensiva. Un padre fa donazione di un quarto dei suoi beni a suo figlio, nel contratto di matrimonio di costui; interviene più

---

(1) Sentenza di Cassazione del 17 novembre 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 376).
(2) Sentenza di Cassazione del 30 novembre 1853 (DALLOZ, 1854, 1, 17).
(3) Metz, 3 giugno 1858 (DALLOZ, 1859, 2, 16). Tolosa 11 agosto 1854 (DALLOZ, 1856, 2, 119).
(4) Parigi, 15 maggio 1862, confermata da una sentenza di rigetto del 7 aprile 1863 (DALLOZ, 1862, 2, 111; 1863, 1, 415). Sentenza di rigetto del 27 marzo 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 339).

tardi, fra il donante e il donatario, un atto di divisione che attribuisce al figlio la metà di un terreno, a compimento della quota-parte che gli era stata precedentemente donata. Questa attribuzione fu conservata dopo la morte del padre, mediante l'atto di divisione della sua eredità. Vi era in questi diversi atti una *disposizione* come richiede l'articolo 694? La Corte di Tolosa decise negativamente; ma la sua sentenza fu cassata. Non bisogna isolare questi diversi atti, dice la Corte di cassazione, essi formano un sol tutto; ora risulta dagli atti di divisione combinati con quello della donazione, che il padre ha disposto in favore di suo figlio dei beni a costui assegnati definitivamente (1). Noi preferiamo il parere della Corte di Tolosa. La donazione non poteva essere invocata, poichè riguardava beni futuri; ora una simile donazione non è un atto di disposizione. Rimanevano le divisioni. La prima intervenuta tra il donante e il donatario non formava che una sola cosa con la seconda fatta dagli eredi. Ora, una *divisione* fatta tra eredi non è un atto di *disposizione;* non è tale neppure, sotto qualunque aspetto, quando è una divisione del genitore fra i figli. Ciò risolve la questione dal punto di vista della stretta interpretazione. La Corte dunque ancora una volta ha ammessa una interpretazione estensiva, e ciò in opposizione coi principii, in opposizione con la giurisprudenza relativa all'articolo 694.

N. 4. — Effetti della destinazione.

190. L'articolo 692 dice che la destinazione del padre di famiglia equivale al titolo. In realtà, essa avviene per un concorso di consenso, similmente che il titolo oneroso o gratuito; vi è questa sola differenza, che nella destinazione il consenso delle parti interessate è tacito, mentre il titolo suppone una convenzione espressa. Donde risulta un divario circa gli effetti della servitù. Quando è costituita per titolo, essa non ha effetto riguardo ai terzi che allorquando l'atto costitutivo della servitù sia stato trascritto (n. 255). La trascrizione non è richiesta quando la servitù è costituita per destinazione. Non si potrebbe richiedere la trascrizione se non costringendo le parti a stendere un atto che contenesse il loro consenso tacito, ma in questo caso il consenso diverrebbe espresso, val dire che la destinazione diverrebbe un titolo; il che in definitiva terminerebbe a sopprimere la destinazione così come è sancita dal codice (2).

---

(1) Sentenza di Cassazione del 17 novembre 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 376)

(2) AUBRY e RAU, t. III, p 88 e nota 12. In senso contrario, MOURLON, *De la transcription*, t. 1.°, nn. 115 e 116.

191. Le servitù hanno spesso una grande analogia con la proprietà, sia esclusiva, sia comune, come abbiamo detto esponendo i principii generali sulla materia. Ma i principii sull'acquisto della proprietà differiscono da quelli che regolano l'acquisto delle servitù. Può esservi comproprietà di un cortile o di un corridoio inserviente al passaggio; questa comproprietà si stabilisce per concorso di consenso espresso o tacito, e si prova per testimoni sotto le condizioni prescritte dal codice. La servitù di passaggio, invece, non può stabilirsi che mediante una convenzione espressa, non ammettendosi per le servitù discontinue il consenso tacito o la destinazione del padre di famiglia. Spetta ai tribunali l'apprezzare, secondo i fatti e le circostanze della causa, ciò che le parti hanno voluto. Noi rinviamo a ciò che è stato detto altrove (1). Vi sono sentenze che danno il nome di destinazione del padre di famiglia alla costituzione di una comproprietà, quando risulta dalle disposizioni prese dal padre di famiglia e conservate dai suoi eredi. Il nome è improprio e fatto per indurre in errore. Si confonde la proprietà con la servitù, la quale non è che uno smembramento di quella. Così si legge in una sentenza che i diritti dei comunisti sopra un cortile separativo di fondi divisi, e rimasto comune fra i due condividenti, in virtù di ciò che la Corte chiama destinazione del padre di famiglia, sono diritti che partecipano nel contempo degli attributi della proprietà e di quelli della servitù. Si trattava di sapere se l'uso comune del cortile potesse estendersi ad altri fondi acquistati da uno dei comunisti. La Corte di Poitiers si pronunziò negativamente (2); noi non intendiamo di censurare la decisione in fatto, ma essa è male motivata. I principii che esporremo più innanzi, sui diritti del proprietario o del fondo dominanti, non possono invocarsi relativamente alla comunione; si tratta di due ordini di idee ben distinti. Senza dubbio la comproprietà d'un cortile non conferisce ai comunisti diritti illimitati, ma il limite dei loro diritti risulta, non dai principii che regolano le servitù, poichè non vi è servitù, ma dalla intenzione delle parti contraenti: è questa intenzione solamente che determina i loro diritti.

§ III. — *Prescrizione.*

N. 1. — Principii generali.

192. A termini dell'art. 690, le servitù continue ed apparenti si acquistano mediante il possesso di trent'anni. L'art. 691 ag-

---

(1) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 165 e seg. Confronta sentenza di rigetto della sezione civile del 21 aprile 1858 (Dalloz, 1858, 1, 182).

(2) Poitiers, 16 febbraio 1853 (Dalloz, 1854, 2, 73). Confronta sentenza di rigetto dell'8 dicembre 1821 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1047).

giunge che le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue siano o non apparenti, non possono costituirsi che mediante titolo. Il possesso benchè immemorabile non basta a stabilirle. Perchè il codice ammette la prescrizione come modo d'acquisto delle servitù? perchè non lo consente che per talune? con quale specie di prescrizione possono acquistarsi le servitù continue ed apparenti?

L'art. 2219 dice che la prescrizione è un mezzo per acquistare un diritto o per essere liberato da un'obbligazione mediante il decorso di un determinato tempo e sotto le condizioni stabilite dalla legge. In generale, tutti i diritti che sono in commercio possono acquistarsi con la prescrizione (art. 2226). A questo principio vien fatta tuttavia una restrizione in materia di servitù. Nell'antico diritto, l'eccezione era molto più estesa. La consuetudine di Parigi, che è la fonte del titolo di cui discorriamo, prescriveva (art. 186): « Nessun diritto di servitù si acquista col solo possesso, senza titolo, ancorchè si abbia goduto della cosa durante cento anni ». Perchè la consuetudine interdiceva la prescrizione? Dumoulin risponde che ciò avea lo scopo di « ovviare alle usurpazioni poste in essere sotto colore di sofferenza o di tolleranza, per causa di amicizia o di familiarità, di cui si abusava » (1). L'interdizione pronunciata dalla consuetudine di Parigi e da molte altre consuetudini è sproporzionata al motivo per cui venne stabilita. Non tutte le servitù si fondano sulla tolleranza o sul buon vicinato; ciò è vero per le servitù discontinue, come i diritti di passare, di attingere acqua; non già per quelle molto più onerose di veduta o di acquedotto. Gli autori del codice hanno tenuto conto delle ragioni che avevano fatto interdire la prescrizione nei paesi consuetudinarii, conservando il divieto per le servitù discontinue e non apparenti. Ma il motivo dato da Dumoulin non si applica alle servitù che sono nel tempo istesso continue ed apparenti. Bisognava dunque conservare per queste servitù il diritto comune, che ammette la prescrizione come un modo d'acquisto della proprietà (art. 711). Allo scopo di allontanare il pericolo di un diritto fondato sulla tolleranza, il codice esige il più lungo tempo richiesto per la prescrizione dei diritti immobiliari, vale a dire un possesso di trent'anni. « Gli atti quotidiani e manifesti, dice Berlier, esercitati durante lungo tempo senza alcun reclamo, hanno un carattere proprio a far presumere il consenso del proprietario vicino; il titolo ad esso relativo ha potuto andare perduto, ma il possesso rimane ed i suoi effetti non potrebbero essere esclusi senza ingiustizia (2) ».

193. L'antico diritto ammetteva, secondo l'autorità di Dumoulin, che il possesso immemorabile equivalesse ad un titolo: è un

(1) FERRIÈRE. *Commentaire sur la coutume de Paris*, t. II, p. 1510.
(2) BERLIER, Esposizione dei motivi n. 21 (LOCRÉ, t. IV, p. 182).

titolo, diceva l'oracolo del diritto consuetudinario, non una prescrizione (1). Il grande giureconsulto si ingannava. Se, come dice Pothier (2), il possesso di una servitù discontinua si presume precario, il tempo, fosse anche di cento e più anni, può cancellare questo vizio? Se il possesso di trent'anni è viziato, lo sarà del pari ogni più lungo possesso. L'osservazione è di Berlier, ed è decisiva contro il possesso di qualunque durata lo si supponga.

Il codice conserva i diritti acquisiti: « Senza che però, dice l'art. 691, si possano attualmente impugnare le servitù di questa natura (discontinue o non apparenti) già acquisite col possesso in quei paesi ove potevano in tale modo acquistarsi ». Perchè si possa invocare il beneficio di questa disposizione, bisogna provare che, al tempo della pubblicazione del titolo delle *Servitù*, vi era possesso immemorabile; siccome questa prova va somministrata col mezzo di testimoni, il decorso del tempo la rende impossibile. Talune sentenze, pronunziate nel 1833 e 1834 hanno dichiarato che i testimoni, per poter deporre relativamente ad un possesso immemoriale anteriore alla pubblicazione del codice civile, dovevano essere al tempo di questa pubblicazione (1804) dell'età di cinquantaquattro anni: ove trovare, nel 1872, testimoni che rispondano a simile requisito? (3).

194. Si può invocare la prescrizione di dieci o venti anni col presidio del titolo e della buona fede? Colui che possiede un fondo, senza esserne proprietario, concede una servitù; la costituzione non è valida; ma il proprietario del fondo a cui vantaggio è costituita ne gode durante dieci o venti anni; egli ha titolo e buona fede. Queste condizioni basterebbero per fargli acquistare la proprietà del fondo, se egli lo avesse comperato dalla persona che gli ha concessa la servitù; bastano altresì per l'acquisto della servitù? La questione è controversa; se si potesse decidere alla stregua dei principii, astrazione fatta dai testi, la soluzione non sarebbe dubbia. Chi acquista di buona fede e con giusto titolo un immobile ne prescrive la proprietà in dieci o venti anni (art. 2265); ora, la servitù è un diritto immobiliare (art. 526); essa può acquistarsi con la prescrizione trentennale senza titolo, dunque si dovrebbe altresì ammettere l'usucapione con titolo e buona fede. In appoggio di questa opinione, si aggiunge che il motivo, per cui la legge ammette la prescrizione trentennale, ha più forza ancora quando vi è titolo e buona fede; Berlier dice che il possesso fa presumere un consenso ed un titolo, il che suppone la buona fede di colui che prescrive;

---

(1) DUMOULIN, *Consil.* XXVI, nn. 24 e 25: « *Hujusmodi vero tempus habet vim constituti, nec dicitur praescriptio, sed titulus* ».

(2) POTHIER, *Sur la coutume d'Orléans*, art. 226.

(3) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 236, n. 350. DEMOLOMBE, t. XII, p. 311, n. 798.

ora, la buona fede non è richiesta per la prescrizione trentennale, mentre è invece una condizione essenziale per l'usucapione. Queste ragioni hanno consigliato di diminuire la durata del possesso, quando si tratta dell'acquisto della proprietà. Non hanno esse il medesimo valore, per ciò che riflette l'acquisto delle servitù?

Simili argomenti hanno sedotto ingegni eminenti (1). La giurisprudenza si è pronunziata per l'opinione contraria, e noi non esitiamo a schierarci con essa. Vi è, nel testo, una ragione affatto decisiva. L'art. 2264 prescrive: « Le regole della prescrizione sovra altri oggetti diversi da quelli indicati nel presente titolo, sono spiegate nei loro luoghi particolari ». Questa disposizione si trova nel capo V, intitolato: *Del tempo necessario per prescrivere*. Questo medesimo capo stabilisce l'usucapione accanto alla prescrizione trentennale. L'art. 2264 suppone dunque che vi sono casi in cui la legge ammette una prescrizione meno lunga di quella trentennale, e casi in cui non vi è luogo alla prescrizione di dieci o di venti anni. Ebbene, al titolo delle *Servitù* si trova una disposizione speciale concernente la prescrizione, cioè l'art. 690 che richiede un possesso di trent'anni per l'acquisto delle servitù mediante prescrizione. Gli articoli 2264 e 690 combinati decidono assolutamente la questione. E ci sembra che lo spirito della legge sia in armonia col testo. Non si può contestare che il possesso delle servitù sia meno caratterizzato di quello della proprietà. Il proprietario che è sopra luogo non può ignorare che un terzo sta prescrivendo un fondo contro di lui; mentre è facile che non s'avvegga come altri abbia praticato nel suo muro delle aperture che costituiscono il diritto di veduta; bisogna trovarsi nel fondo per distinguere la servitù di veduta dal diritto di luce; ora, il tempo necessario a prescrivere ha precisamente per l'obbietto di garantire gl'interessi di quelli che non abitano le loro proprietà contro la negligenza degli inquilini o degli affittuari; dunque questo tempo deve essere più lungo quando si tratta d'una servitù che quando è questione della proprietà. Ecco perchè l'art. 690 definisce e limita la specie di prescrizione che fa acquistare le servitù; esso non dice che le servitù si acquistano colla *prescrizione* bensì che al loro acquisto è necessario un *possesso di trent'anni*. Il che ci sembra decisivo (2).

---

(1) DURANTON, t. V, p. 603, n. 593. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 233, n. 348. TROPLONG, *De la prescription*, t. II, n. 856.

(2) Sentenza di Cassazione del 10 dicembre 1834 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1121). Bastia, 5 gennaio 1847 (DALLOZ, 1847, 2, 3). Agen, 23 novembre 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 27). AUBRY e RAU, t. III, p. 77, nota 1 e gli autori che vi sono citati. DEMOLOMBE, t. XII, p. 285, n. 781, e le autorità che cita.

N. 2. — Quali servitù s'acquistano con la prescrizione?

1. — Principio.

195. Perchè una servitù possa acquistarsi colla prescrizione, occorre che sia insieme continua ed apparente: il che esclude la prescrizione delle servitù discontinue e non apparenti. Il codice lo dice formalmente soggiungendo che queste servitù non possono costituirsi se non mediante titoli. Quali sono i motivi per cui la legge richiede la duplice condizione dell'apparenza e della continuità? La prima si spiega da per sè stessa. Infatti, la prescrizione acquisitiva ha per base il possesso, e il possesso deve riunire taluni caratteri; uno dei più essenziali è quello della pubblicità. Ora, il possesso d'una servitù non apparente non può certamente dirsi pubblico, requisito senza del quale non vi può essere prescrizione. La condizione di continuità non attiene ai caratteri che deve riunire il possesso in virtù dell'art. 2229. È vero che questa disposizione richiede che il possesso sia *continuo*, e vi sono autori i quali hanno creduto che la legge interdica la prescrizione delle servitù *discontinue,* perchè il possesso non ne è *continuo* (1). Con ciò si confonde la *continuità* del *possesso* e la *continuità* delle *servitù*. La parola è la medesima; ma l'idea è del tutto diversa. Si dice che la *servitù* è *continua* quando può essere esercitata senza il fatto attuale dell'uomo; ed il *possesso* è *continuo* quando il possessore fa gli atti di godimento che la natura della cosa comporta. Il possesso di una servitù *discontinua*, come una servitù di passaggio, potrebbe esser dunque *continuo*, e nondimeno la legge non ne ammette l'acquisto col mezzo della prescrizione. Ne abbiamo detta dianzi la ragione; gli è perchè gli atti che costituiscono l'esercizio d'una servitù discontinua includono d'ordinario la tolleranza, e sorgono in causa dei rapporti di buon vicinato, senza che l'agente od il paziente intendano annettervi una idea di diritto o di peso. Puo dirsi adunque di queste servitù ciò che nell'antico diritto Pothier scriveva delle servitù in genere, cioè che il possesso delle medesime si presume precario; ora, un possesso precario non può servire di fondamento alla prescrizione. La condizione di continuità, richiesta dall'art. 690, è dunque un'applicazione dell'art. 2232, a termini del quale gli atti di semplice tolleranza non possono condurre nè al possesso nè alla prescrizione (2).

---

(1) Duranton, t. V, p. 587, n. 578, e altri autori citati da Demolombe, t. XII, p. 291, n. 786.

(2) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 235, n. 349, e Demolombe, t. XII p. 291. n. 786.

196. Si è preteso che all'articolo 690 debba farsi eccezione nel caso in cui una servitù discontinua sia costituita per titolo, ma questo emani da colui che non è proprietario del fondo su cui deve esercitarsi la servitù. Quest'opinione è contraria al testo ed allo spirito della legge. L'articolo 691 dice che le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, apparenti o no, *non possono stabilirsi che mediante titoli.* Questa disposizione è concepita in termini restrittivi. Essa esclude, per le servitù discontinue o non apparenti, ogni modo d'acquisto che non sia un titolo, e per conseguenza anche la prescrizione; ora, se la servitù potesse stabilirsi con un possesso di trent'anni, mediante titolo e buona fede, si fonderebbe appunto sulla prescrizione. Questo modo di costituzione delle servitù discontinue e non apparenti è adunque respinto dalla lettera stessa della legge. Invano si direbbe che, in questo caso, colui che reclama la servitù ha un titolo, che per conseguenza si è nei termini dell'articolo 691. Che intende questo colla parola *titolo?* Tale disposizione è una conseguenza dell'articolo 690, secondo cui le servitù continue ed apparenti si acquistano per *titolo,* o pel possesso trentennale. È certo che la parola *titolo* significa nell'articolo 690 un titolo vero, vale a dire un titolo emanato dal proprietario del fondo serviente; dovrà dunque avere lo stesso significato nell'articolo 691, il quale non forma che un sol tutto col precedente. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. Dichiarando in termini restrittivi che le servitù discontinue o non apparenti si costituiscono soltanto mediante titoli, la legge intende escludere qualunque specie di prescrizione; ora, il possesso di trent'anni, quantunque s'appoggi sovra un titolo emanato da un non proprietario, è una prescrizione e non un titolo. La legge non ammette prescrizione alcuna relativamente alle servitù discontinue: ne abbiamo detta la ragione. Forse che per avventura questa viene a cessare quando vi è un titolo emanato dal non proprietario? Lo si pretende; il possesso non è più precario, si dice, poichè si appoggia ad un titolo. L'argomento non è serio. Contro chi si oppone la prescrizione? Non già a colui dal quale il titolo emana, sibbene al vero proprietario che non ha alcuna conoscenza del titolo; riguardo a costui il possesso rimane dunque un possesso che si presume precario, e quindi insufficiente agli effetti della prescrizione (1).

L'opinione contraria invoca l'antico diritto (2). Questo argomento avrebbe un grande valore se il codice avesse consa-

---

(1) È l'opinione generalmente seguita. Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 78, nota 2, e DEMOLOMBE, t. XIII, p. 295, n. 788.

(2) È l'opinione di MALEVILLE, *Analyse raisonnée,* t. II, p. 141, e di TOULLIER t. II, p. 289 e 292, n. 629.

crati i principii del diritto consuetudinario; ma invece li ha apertamente respinti. Le consuetudini dicevano: Nessuna servitù può costituirsi senza titolo. A tale divieto ammettevano un'eccezione, quando il possesso si poggiava sovra un titolo ed insieme sulla buona fede. Il testo della consuetudine di Parigi autorizzava questa eccezione, nel senso che si poteva indurla per argomento *a contrario*. È egli lo stesso dell'articolo 691? Esso è concepito in termini troppo restrittivi; la redazione è tale, che esclude qualunque specie di ragionamento *a contrario*, ragionamento sempre fallace quando non sia in armonia con i principii; ora, qui si troverebbe appunto in opposizione con quelli, giacchè condurrebbe ad ammettere la prescrizione, mentre la legge esige un titolo.

196 *bis*. Si è ancora tentato d'apportare un'eccezione al principio stabilito dall'articolo 691 nel caso in cui la servitù venisse esercitata durante trent'anni dopo una opposizione ai diritti del proprietario che si pretende gravato. Io passo sul fondo del mio vicino, attingo dell'acqua alla sua fontana; egli vi si oppone. Lo diffido giudizialmente perchè abbia ad astenersi dal frapporre alcun impedimento all'esercizio del mio diritto. Egli si trattiene infatti da ogni ulteriore opposizione, e per trent'anni continui, io passo, o mi reco ad attingere acqua, senza incontrare alcuna difficoltà. Ora si dice: l'opposizione, cui il vicino ha ceduto, purga il mio possesso dal vizio di precarietà che gli si poteva addebitare: essa l'immuta, e ne risulta che il mio possesso diviene un possesso a titolo di proprietà. Il codice ammette, infatti, che il possesso precario possa essere modificato (art. 2238) in forza delle opposizioni fatte a colui contro il quale si intende prescrivere. Ma ciò suppone che la prescrizione sia possibile; ora, nella specie, essa non lo è, poichè la servitù essendo discontinua non è suscettibile d'acquisto mediante la prescrizione. Il legislatore avrebbe potuto tener conto delle opposizioni, e dichiarare la servitù prescrittibile in questo caso; ma non lo ha fatto, e non appartiene all'interprete di creare delle eccezioni derogando alla legge, perchè ciò equivarrebbe a sostituirsi allo stesso legislatore (1).

Bisognerebbe decidere nello stesso modo, allorchè colui il quale reclama la servitù fondasse le sue opposizioni sovra un titolo che emana da chi non è proprietario. Questo titolo da solo è insufficiente, ne abbiamo dato or ora la dimostrazione. L'opposizione per sè sola sarebbe egualmente insufficiente; tutti lo riconoscono. Che importa dunque che siavi nel contempo titolo apparente ed opposizione? Si sarebbe sempre

---

(1) PARDESSUS, t. II, p. 85, n. 276, e le autcrità citate da DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1133; da DEMOLOMBE, t XII, p. 299, n. 789, e da AUBRY e RAU, t. III, p. 78, nota 3, e t. II, p. 129, nota 32.

fuori della legge, la quale esige formalmente un titolo valido (1).

II. — Applicazioni.

197. Si sono presentate molte difficoltà nell'applicazione di questi principii; la maggior parte di esse trovano una soluzione facile nelle definizioni che dà il codice sulle servitù continue e discontinue, apparenti e non apparenti (2). Noi non ci soffermeremo che sulle applicazioni le quali presentino qualche dubbio. La servitù di passaggio è evidentemente discontinua; essa non può acquistarsi con la prescrizione, e tuttavia ha dato luogo ad una discussione giudiziaria. Un atto di divisione riserbava il diritto di passaggio reciproco pel servizio dei terreni che vi erano compresi, aggiungendo: in quanto occorra. Uno dei condividenti esercita il passaggio per una prateria, senza alcuna necessità, poichè questa si trova costeggiata da una via pubblica, e quindi solamente pel proprio comodo. Egli invoca questo possesso non per basarvi la costituzione della servitù a mezzo della prescrizione, ma per interpretare il titolo. La Corte di Bordeaux respinse questa pretesa, poichè essa tendeva piuttosto ad immutare che ad interpretare le stipulazioni dell'atto; infatti, essa conduceva a creare, mediante il possesso, una servitù che non era in armonia coll'atto di divisione (3).

L'articolo 688 colloca il diritto di attingere acqua tra le servitù discontinue. Il rivierasco d'uno stagno reclama il diritto sulle acque dello stagno, invocando la prescrizione. Infatti, egli aveva acquistata con la prescrizione la proprietà delle sponde; non poteva dire che aveva acquistato nel tempo istesso il diritto d'attingere l'acqua? No, i due diritti sono di natura diversa: la proprietà si acquista sempre con la prescrizione, mentre le servitù discontinue non si costituiscono se non mediante titolo. La controversia fu definita da una sentenza di cassazione in questo senso (4).

Il codice colloca nel numero delle servitù discontinue anche il diritto di pascolo; vale a dire che una servitù di pascolo non può costituirsi mediante prescrizione. Vi sono molte sentenze in questo senso, il che dimostra che non sempre il fatto è d'accordo col diritto, ma il diritto è in questo caso così evidente, che ci sembra inutile d'insistervi (5).

---

(1) Vedi le autorità citate da DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1134 e da AUBRY e RAU, t. III, p. 78, nota 4.

(2) Vedi retro n. 26 e segg.

(3) Bordeaux, 26 aprile 1830 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1002, 3.°)

(4) Sentenza di Cassazione del 28 aprile 1846 (DALLOZ, 1846, 1, 206).

(5) Chambery, 23 gennaio 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 79). Sentenza di rigetto del 27 maggio 1868 (DALLOZ, 1869, 1, 399).

198. Si hanno però questioni più serie. La legge colloca gli scoli fra le servitù continue che possono acquistarsi col possesso di trent'anni. Ciò non presenta alcun dubbio per lo scolo delle acque piovane, quando si manifesta con un'opera esterna. È egli lo stesso delle acque domestiche? La questione è stata esaminata più addietro (n. 132), essa tiene divisi i migliori ingegni. Noi rinviamo il lettore anche a quanto scrivemmo (n. 131) sulla servitù che consiste nel diritto di far scorrere le acque d'uno stagno sui fondi inferiori; è stato deciso che essa è continua, quantunque non si possa usarne che togliendo la cataratta da cui le acque sono trattenute. Se inoltre essa si manifesta con opere apparenti, come fossati destinati a facilitare lo scolo delle acque, è suscettibile di prescrizione (1).

199. Abbiamo già esposti (n. 61 e 62) i principii che regolano le luci e le vedute stabilite a titolo di servitù. È spesso assai difficile distinguere le luci praticate in virtù del diritto di proprietà, e che diconsi luci di sofferenza o di tolleranza, da quelle le quali, non essendo conformi alla legge, non possono essere stabilite che a titolo di servitù. Se il telaio ha una invetriata fissa, è una luce di tolleranza. Se il telaio permette di aprire la finestra, è una luce di servitù (2). Si vede da ciò quanto importava richiedere la più lunga prescrizione per la costituzione di queste servitù, perchè solo molto tardi il vicino può assicurarsi se vi è o no un telaio con invetriata fissa.

Una terrazza è costruita sopra un fondo; essa procura una veduta sul fondo vicino; se la terrazza sussiste per trent'anni, ne risulterà una servitù di veduta? È stata decisa l'affermativa e con ragione (3). È vero che l'articolo 678 non prevede tassativamente questo caso, ma esso prevede un caso analogo, quello di un balcone, e aggiunge *altri simili sporti*. La legge non è dunque restrittiva e non vi è ragione perchè lo sia.

In un'altra specie, colui che reclamava il diritto di veduta invocava il possesso che aveva da oltre trent'anni di una porta fissa, senza imposta, che dava luce ad un appartamento colla sua apertura. La Corte di cassazione ha deciso che questa servitù non è prescrittibile: infatti essa è discontinua, poichè ogni qualvolta vuolsi usare della servitù per dare luce all'appartamento, occorre il fatto attuale dell'uomo, che apra la porta (4).

200. La servitù di sporto presenta particolari difficoltà. Simile servitù esiste quando il tetto od il cornicione si protendono sul fondo del vicino. Quando questa proiezione ha per obbietto di riversare le acque piovane su questo fondo, la cosa

---

(1) Sentenza di Cassazione del 18 giugno 1851 (Dalloz, 1853, 1, 296).
(2) Nimes, 7 maggio 1851 (Dalloz, 1851, 2, 77).
(3) Parigi, 9 luglio 1853 (Dalloz, 1854, 5, 704).
(4) Sentenza di rigetto del 7 luglio 1852 (Dalloz, 1852, 1, 167).

non è dubbia: è la servitù di stillicidio, continua di sua natura, poichè si esercita senza il fatto attuale dell'uomo, ed apparente, poichè si manifesta con la sporgenza del tetto o del cornicione che tien luogo di grondaia (1). La questione è ben più delicata quando il cornicione è un semplice ornamento architettonico. Se sussiste per trent'anni, il vicino non può dimandarne la distruzione; ciò è certo, poichè egli ha sofferto questa usurpazione sulla sua proprietà per trent'anni, mentre aveva il diritto d'esigere che fosse distrutto, e quindi avrà perduto questo diritto con la prescrizione. Ma può egli costruire sul suo fondo, od innalzare il suo edificio, in modo da comprendere il cornicione nella sua fabbrica? La Corte di cassazione ha deciso l'affermativa, pel motivo che il diritto di lasciar sussistere il cornicione non toglie al vicino il diritto di costruire od innalzare la sua casa; che egli non può perdere questo diritto se non per la servitù *altius non tollendi;* ora, questa servitù non è apparente, e per conseguenza non può stabilirsi che per titolo. Invano il proprietario del fondo dominante opporrebbe il suo possesso trentennale; egli non ha prescritto che quanto ha posseduto, e poichè il suo possesso si limitava alla servitù di sporgenza, nè si estendeva a quella *altius non tollendi*, la questione sembra, senz'altro, risoluta (2).

Non mancano tuttavia seri motivi di dubbio che ci fanno propendere per l'opinione contraria. La servitù *altius non tollendi* è certamente collocata fra quelle che non sono apparenti, e non potrà quindi acquistarsi direttamente con la prescrizione. Noi siamo pure ben lontani dal pretendere che nella specie il vicino sia aggravato della servitù di non fabbricare oltre una data altezza: egli può certo costruire purchè rispetti la servitù di sporgenza; ora, la rispetta forse allorchè costruisce in modo da comprendere il cornicione nella fabbrica? No, poichè il cornicione scompare; era un ornamento architettonico e cessa di esserlo. Si oppone la regola *tantum praescriptum quantum possessum.* Noi pure l'invochiamo dal nostro canto. Io, che ho posseduto un ornamento architettonico, ho diritto di conservarlo dopo trent'anni di possesso. Voi siete certamente libero di costruire, ma in maniera da lasciar sussistere il mio cornicione come tale. In favore di questa opinione sta un argomento di analogia di gran peso. Colui che pratica delle finestre a prospetto in un muro non possiede che una servitù di veduta; tuttavia dopo trent'anni il vicino non può costruire in modo da recar danno alle finestre del proprietario del fondo dominante; in questo senso egli è gravato della servitù di non costruire, quantunque questa non sia ap-

(1) Gand, 17 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 198).
(2) Sentenza di Cassazione del 26 giugno 1863 (DALLOZ, 1867, 1, 254).

parente. In tal senso si è pronunziata la giurisprudenza costante della Corte di cassazione (n. 66). Perchè non può egli costruire? Precisamente perchè il proprietario della casa ha diritto di conservare ciò che ha posseduto; ora, in qual modo potrebbe costui conservare le sue finestre a prospetto se il vicino avesse il diritto di ostruirle colle sue costruzioni? Un ragionamento identico può farsi a favore del proprietario che ha posseduto un cornicione; anche questi ha diritto di conservarlo dopo un possesso trentennale, nè potrebbe più farlo se il vicino erigesse la sua fabbrica.

Si fa, a questo punto, un'obbiezione speciosissima. Si dice: se il cornicione si trovasse sulla linea di separazione dei due fondi, senza alcuna usurpazione sul fondo del vicino, costui potrebbe fabbricare ed appoggiare le sue costruzioni contro il cornicione. Che se, in luogo di fare il cornicione sul suo fondo, il proprietario della casa lo fa in isporgenza sul fondo del vicino, può ciò mutare qualche cosa al suo diritto? In entrambi i casi vi è una casa con cornicione; in entrambi i casi il vicino può fabbricare, e se può appoggiare la sua costruzione al cornicione quando si trova sul fondo del proprietario, deve avere il medesimo diritto quando si trova sul fondo a lui appartenente (1). La risposta è semplicissima e ci sembra perentoria. Quando il proprietario erige il cornicione entro i confini del proprio fondo, usa del suo diritto di proprietà, ma non acquista con ciò nessun diritto sul fondo del vicino; costui può dunque, in virtù del suo diritto assoluto di proprietà costruire ed appoggiare la sua costruzione contro il muro della casa, abbia o no un cornicione. Quando, al contrario, il cornicione proietta sul fondo del vicino, ne risulta una servitù a carico di costui, il quale non è quindi più libero di costruire come meglio gli aggrada, dacchè il suo diritto di proprietà è limitato dalla servitù di sporgenza che grava sul suo fondo, e questa gli impedisce di costruire in modo da nuocere al cornicione.

III. — Prescrizione dei diritti di proprietà analoghi alle servitù.

201. La servitù ha talvolta una grande analogia colla proprietà o colla comunione; tuttavia è assai importante di tenerle distinte segnatamente sotto il rispetto della prescrizione. Esponendo i principii generali sulle servitù, abbiamo segnalati i caratteri che le distinguono dalle proprietà (2); non ci rimane

---

(1) Vedi la nota dell'autore della *Raccolta periodica* di Dalloz, 1867, 1, 154.
(2) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, nn. 449 e 450. Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 81 e note 19-22.

quindi che porgere talune applicazioni dei principii da noi stabiliti.

Abbiamo detto or ora che il diritto di pascolo è una servitù discontinua, la quale non può acquistarsi con la prescrizione. Tuttavia la Corte di cassazione ha mantenuto un diritto di pascolo fondato sopra un lungo possesso (1). Egli è che questo diritto può essere tanto l'esercizio di una comproprietà quanto quello di una servitù; nell'ultimo caso, non può trattarsi di prescrizione, mentre nulla impedisce d'acquistare con la prescrizione un diritto di comproprietà sopra un terreno che serve di pascolo. Grande sarà certamente la difficoltà nel distinguere gli atti di possesso che manifestano il diritto di proprietà e gli atti che annunciano semplicemente una servitù, ma una volta constatati i fatti, il diritto è certo ed è incontestabile.

Le strade private danno spesso luogo a controversie di simil natura. Può trattarsi di una vera servitù di passaggio, ma può pure esservi talvolta l'esercizio del diritto di proprietà. In quest'ultimo caso, sarà ammessibile la prescrizione, e per conseguenza la prova testimoniale che serve a stabilire il possesso; mentre la servitù di passaggio non s'acquista con la prescrizione; occorre un titolo, ed il più delle volte non vi è alcun titolo relativo alle strade che inservono alla coltivazione. Per quanto concerne le difficoltà che solleva la prova, facciamo rimando a quanto abbiamo esposto al tomo VII dei nostri *Principii* (n. 166 e 168). Quando è stabilita la natura del diritto, sarà con ciò anche decisa la questione di sapere se vi è luogo a prescrizione; essa è risoluta dall'articolo 691 (2).

N. 3. — Condizioni della prescrizione.

I. — Diritto comune.

202. Le servitù continue ed apparenti si acquistano colla prescrizione. Quali condizioni si richiedono per questa? Si tratta d'una prescrizione acquisitiva, fondata sul possesso. L'articolo 690 lo dice espressamente: occorre un possesso di trenta anni. Nulla si stabilisce, al titolo delle *Servitù,* riguardo ai caratteri che deve riunire il possesso perchè valga di base alla prescrizione: il legislatore si rimette quindi ai principii generali, che esporremo al titolo della *Prescrizione.* Pel momento non ci soffermeremo che su taluni punti i quali risguardano particolarmente le servitù.

---

(1) Sentenza di rigetto del 6 gennaio 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 18).

(2) Sentenza di rigetto del 2 luglio 1840 e del 10 gennaio 1842 (DALLOZ, alla parola *Servitude,* n. 1107, 1,° e 2.°).

Il possesso delle servitù dicesi un quasi-possesso. Ciò vuol dire che non si tratta del possesso ordinario. L'articolo 2228, che definisce il possesso, distingue, infatti, tra il possesso di una cosa e il possesso di un diritto. Quando si tratta di una cosa, il possessore la *detiene*: quando si tratta di un diritto, il possessore ne *gode*. Del resto il *godimento* deve avere i medesimi caratteri della *detenzione*: poichè l'articolo 2229, il quale enumera le condizioni richieste onde il possesso possa condurre alla prescrizione, non distingue tra la detenzione di una cosa e il godimento di un diritto.

203. Il possesso deve durare trent'anni. Importa dunque fissare il momento in cui incomincia. Si può rispondere che esso ha inizio col godimento, ma questa risposta non decide la difficoltà. Qual'è il momento preciso in cui il proprietario del fondo dominante incomincia a godere del suo diritto? La servitù è apparente. Ora, a termini dell'articolo 689, le servitù sono apparenti quando si manifestano con opere esterne, come una porta, una finestra, un acquedotto. È dunque anzitutto necessario che quest'opera esterna sia compiuta. Soltanto quando esista una finestra a prospetto, può farsi questione del godimento di una servitù di veduta; ma altresì dal momento in cui la finestra è costruita, incomincia il godimento del diritto, poichè la servitù è continua, vale a dire che si esercita senza mestieri del fatto attuale dell'uomo (art. 688). In ciò il quasi-possesso delle servitù differisce grandemente dal possesso delle cose. Questo esige sempre il fatto dell'uomo per essere esercitato, ed occorrono atti continui dell'uomo perchè il possesso sia utile alla prescrizione, mentre pel quasi-possesso delle servitù basta che il fatto dell'uomo intervenga al momento in cui si costruiscono le opere necessarie; dopo ciò la servitù si esercita da sè medesima, poichè si tratta di una servitù continua (1).

204. Le opere che manifestano una servitù hanno dunque una parte essenziale nella prescrizione. Si domanda se i lavori debbano essere fatti sul fondo serviente. Quando è questione delle opere che il proprietario inferiore deve fare, a termini dell'articolo 643, per acquistare con la prescrizione un diritto allo scolo delle acque, la giurisprudenza esige che i lavori siano eseguiti sul fondo serviente; e di questa condizione si è voluto fare una regola generale. A vero dire, l'articolo 643 non la prescrive e nessun testo del codice la stabilisce. Vi sono anche servitù per le quali le opere sono quasi sempre fatte nel fondo dominante: tale è la servitù di veduta quando la finestra che la manifesta è praticata in un muro di esclusiva proprietà di colui al quale appartiene il fondo dominante. Ciò non presenta alcun dubbio (2).

---

(1) TOULLIER, t. II, p. 294, nn. 634 e 636.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 79, e nota 11 e gli autori che vi sono citati.

Una questione meno agevole, almeno in teoria, è quella di sapere se i lavori debbano esser fatti dal proprietario del fondo dominante. La si decide negativamente (1). Poco importa, si dice, che le opere siano costruite da un proprietario o da un possessore, ovvero da un usufruttuario, od anche da un inquilino o da un affittuario. Si tratta d'un fatto materiale di possesso: ora, il possesso si esercita utilmente pel proprietario da tutti coloro che detengono il fondo. L'articolo 2228 lo dice definendo il possesso: « Il godimento di un diritto che esercitiamo noi stessi o per mezzo di altri che esercita il diritto in nome nostro ». È certo che il possesso può essere esercitato da un semplice detentore del fondo. Ma è ben vero che la costruzione di opere sia un atto di godimento del diritto? La questione, ci sembra, include un'assurdità: si può godere d'un diritto di veduta prima che vi sia una veduta, cioè una finestra a prospetto? Le opere precederanno dunque necessariamente il godimento; perciò l'articolo 2228 non è applicabile, e la questione deve essere risoluta alla stregua dei principii, mancando un testo formale.

Abbiamo detto più sopra, e tutti son d'accordo sul principio, che il solo proprietario del fondo può acquistare una servitù a favore di questo, poichè egli soltanto ha il diritto d'interloquire per esso. Donde segue che solamente a costui è riservata la facoltà di agire in nome del fondo. Dunque i lavori che hanno per scopo di acquistare un diritto a favore del fondo debbono essere fatti da lui. Si obbietta che possedendo non si contratta, che il possesso è un fatto materiale e che il diritto s'acquista in virtù di questo fatto materiale. Ma ciò è attenersi soltanto all'apparenza della prescrizione. Questo non è un fatto puramente fisico. Berlier, l'oratore del governo, lo dice nel'Esposizione dei motivi (2): l'acquisto delle servitù mediante un lungo possesso implica, sia l'esistenza di un titolo che ha potuto andare perduto, sia il consenso del proprietario contro cui si prescrive, come quello del proprietario che acquista un diritto colla prescrizione. Noi non possiamo comprendere che un fatto materiale sia capace d'ingenerare un diritto, senza l'intervento della volontà. Dove starebbe la ragione della differenza tra il titolo e la prescrizione? Perchè occorre il consenso del proprietario del fondo serviente quando una servitù si acquista mediante titolo? E perchè tale consenso non sarebbe più necessario quando questa medesima servitù si stabilisce mediante prescrizione? Si risponderà che un'affittuario, quantunque non possa stipulare una servitù, può nondimeno possederla, e che questo possesso ingenera la servitù; ora, se

(1) PARDESSUS, t. II, p. 90, n. 277.
(2) Esposizione dei motivi, n. 21 (LOCRÉ, t. IV, p. 182).

egli può possedere utilmente pel proprietario del fondo, perchè non potrebbe costruire le opere necessarie all'esercizio della servitù? In materia di servitù la risposta è facile. È il fondo che acquista il diritto; il detentore dev'essere dunque l'organo del fondo, e questo non ha altro rappresentante che il proprietario. È vero che l'affittuario possiede in nome del locatore, ma quando si fanno i lavori non si tratta ancora di possedere, dunque l'affittuario manca d'ogni diritto. Eseguite le opere, il possesso incomincia, ed il locatario potrà godere in nome del proprietario. Per meglio dire, è il fondo che gode e che possiede, perchè il fatto dell'affittuario e del possessore in genere non è richiesto per l'esercizio di una servitù continua.

L'opinione contraria è insegnata dall'universale. Se ne dedusse la conseguenza che le opere necessarie per l'esercizio della servitù possono farsi da qualunque detentore del fondo, ancorchè non abbia intenzione d'acquistare una servitù; il fatto materiale dell'esistenza dei lavori è sufficiente (1). La deduzione è logica. L'articolo 2228, il quale ammette che il detentore possegga in favore di colui dal quale tiene la cosa, include la volontà di possedere, così come qualunque possesso suppone che il possessore abbia l'intenzione di esercitare un diritto. Ora, giusta l'opinione generale, una servitù potrebbe acquistarsi senza alcuna volontà. È l'affittuario che fa le opere, e le fa senza aver l'intenzione di acquistare un diritto; il proprietario, lo si suppone, rimane estraneo ai lavori. Durante trent'anni, la servitù si esercita da sè stessa, senza che intervenga alcuna volontà; indi il diritto sarà acquisito. Che diviene la prescrizione in questa dottrina? Ov'è il consenso tacito che essa suppone? Non si può dir neppure che vi sia consenso da parte del proprietario del fondo serviente; questi non consente alla costituzione di un diritto, poichè il suo vicino non intende di acquistare diritto alcuno. Bisogna accordare anche qui alla volontà umana quella necessaria influenza che essa ha in tutte le relazioni giuridiche. Invano si dice che si tratta di diritti reali, diritti che si acquistano e si esercitano da un fondo: sono queste insostenibili sottigliezze. Invero, vi sarebbero ancora diritti reali se gli uomini venissero a mancare? I terreni rimarrebbero certamente quello che sono attualmente, e tuttavia non potrebbe più parlarsi di diritto, poichè l'uomo è il solo essere capace di diritti. Al titolo della *Prescrizione* avremo occasione di ritornare su quanto riflette l'importanza che ha la volontà umana in materia di possesso.

205. Il quasi-possesso deve avere i medesimi caratteri del possesso perchè possa servire di base alla prescrizione. Uno di questi caratteri ha una parte preponderante nella materia delle

(1) AUBRY e RAU, t. III, e note 11 e 12 e gli autori che vi sono citati.

servitù. L'articolo 2232 dice che gli atti di semplice tolleranza non possono servire di fondamento nè al possesso, nè alla prescrizione. Gli è perchè le servitù discontinue si basano sopra taluni atti che possono essere e sono spessissimo di tolleranza o di buon vicinato che la legge non ammette si possano acquistare col mezzo della prescrizione. Nell'antico diritto si andava più in là e si presumeva che qualunque servitù fosse precaria, vale a dire un atto di tolleranza. Il codice consente che le servitù continue ed apparenti si costituiscano colla prescrizione. Ma occorre, beninteso, che il possesso di trent'anni sia un possesso utile per prescrivere, ed esso non può servire alla prescrizione quando è fondato sopra degli atti di semplice tolleranza. Una servitù, quantunque continua, non si costituirebbe dunque mediante prescrizione se il possesso fosse un possesso di tolleranza.

Il principio è certo, poichè è scritto nella legge. Ma l'applicazione non va scevra da difficoltà. Quando vi è possesso di pura tolleranza? La legge non lo definisce, ed invano si tenterebbe di stabilire un principio in questa materia: la questione è dunque semplicemente di fatto. Così si è detto che il possesso non sarebbe più di tolleranza se la servitù cagionasse un incomodo reale al proprietario del fondo serviente e se quest'ultimo avesse un serio interesse ad opporvisi (1). Ci sembra che l'idea di tolleranza o di familiarità implichi dei vincoli di amicizia od almeno di buon vicinato. Per conseguenza il giudice deve sopratutto considerare la materia dei rapporti esistenti tra vicini; essi non avranno alcuna tolleranza fra loro se sono in disaccordo, mentre, se sono buoni amici, potranno tollerare ogni cosa. Non può darsi alcun criterio generale laddove tutto dipende dalle relazioni individuali. Talune finestre aperte nella parte superiore del muro di una casa e che danno una veduta diretta sul tetto della casa vicina, costituiscono delle luci di tolleranza? La Corte di cassazione ha decisa la questione affermativamente, ma ha avuto cura di constatare che la Corte di appello aveva dichiarato in fatto che il preteso diritto di veduta reclamato dall'attore non poteva essere considerato come un atto di tolleranza (2). La questione rimane dunque sempre di fatto. È stato pur giudicato che l'esistenza di ripari sopra una strada non vale a dimostrare che colui il quale li aveva stabiliti godesse d'un diritto di servitù; i giudici del fatto avevano riconosciuto che il comune aveva tollerato i ripari per facilitare la custodia del bestiame al pascolo (3). È

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 80 e nota 14.
(2) Sentenza di rigetto del 24 dicembre 1833 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 474. 5.°).
(3) Sentenza di rigetto del 25 giugno 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 433).

inutile che ci diffondiamo più a lungo sulle applicazioni, poichè tutto dipende dalle circostanze della causa.

206. Ecco tuttavia una questione di diritto. Supponiamo che chi apre una finestra sul fondo del suo vicino riconosca con una scrittura che il suo possesso è di semplice tolleranza: questo riconoscimento sarà di ostacolo alla prescrizione? L'affermativa è generalmente ammessa, e sembra anche che l'art. 2232 non lasci alcun dubbio: se è constatato dalla confessione medesima di chi esercita il possesso, che il suo godimento è di pura tolleranza, ne risulta che il possesso non è più un possesso nel senso legale della parola, e non può quindi servire di fondamento alla prescrizione: l'articolo 2232 lo dice espressamente: rimangono tuttavia alcune ragioni di dubbio. L'articolo 2248 prevede l'ipotesi che il possessore il quale prescrive riconosca il diritto di colui contro cui si opererà la prescrizione, ed a questo riconoscimento non annette altro effetto se non quello di interrompere la prescrizione. Non bisogna applicare quest'articolo alla nostra specie? No; poichè chi riconosce che il suo possesso è di tolleranza fa ben più della semplice ammissione del diritto del suo vicino alla libertà del suo fondo; egli confessa che il suo possesso è vizioso e che non può servir di base alla prescrizione; ora, dal momento che il possesso è vizioso, rimane tale e rende impossibile la prescrizione. Qui si fa una nuova obbiezione. L'art. 2220, si dice, proibisce di rinunciare anticipatamente alla prescrizione: e non è forse una rinunzia il dichiarare che il possesso è di pura tolleranza? No, non vi è alcuna analogia tra la rinuncia dell'art. 2220 e il riconoscimento che fa un possessore che il suo possesso sia di pura tolleranza. Chi rinuncia anticipatamente alla prescrizione lo fa supponendo che egli potrebbe trarne profitto essendo adempiute tutte le condizioni richieste per prescrivere. Al contrario colui il quale riconosce che il suo possesso è di tolleranza constata che una di queste condizioni fa difetto; egli non rinuncia alla prescrizione ma confessa che questa non può compiersi (1).

Quale sarà l'effetto del riconoscimento riguardo a coloro che succederanno al possessore che l'ha fatto? Se sono successori a titolo universale, il riconoscimento del loro autore nuocerà ad essi, nel senso che il possesso da lui riconosciuto vizioso continuerà ad essere tale ed impedirà qualunque prescrizione; pei successori a titolo particolare invece, non essendo essi i rappresentanti del loro autore, nulla impedisce che iniziino un nuovo possesso, atto alla prescrizione; soltanto essi non potranno aggiungere al loro possesso quello del loro autore, essendo questo vizioso. Avremo occasione di ritornare su queste distinzioni quando tratteremo del titolo della *Prescrizione*.

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 80, nota 16. DEMOLOMBE, t. XII, p. 282, n. 779 *ter*. Sentenza di rigetto del 14 novembre 1853 (DALLOZ, 1854, 1, 154).

II. — Prescrizione delle strade pubbliche a vantaggio dei comuni.

207. Possono i comuni acquistare un passaggio medianto prescrizione? Tale questione presenta molte difficoltà. Bisogna anzitutto distinguere a qual titolo il comune reclama il passaggio. Questo può essere una strada pubblica nel senso proprio della parola, vale a dire che il terreno inserviente al passaggio appartenga al comune. È certo che il comune può essere proprietario delle strade che servono alla circolazione degli abitanti, anzi di regola lo è; ed è altresì certo che esso può acquistare la proprietà con tutti i mezzi consentiti dalla legge e quindi anche colla prescrizione. Infatti, il comune è una persona civile; come tale gode dei medesimi diritti dei privati per ciò che riflette l'acquisto delle proprietà. Non vi è difficoltà che per ciò che concerne la prova, quando il comune fonda il suo diritto sulla prescrizione. Noi esamineremo la questione più innanzi.

Il passaggio può essere altresì dovuto al comune a titolo di servitù? Qui incomincia il dubbio. Il passaggio, quando si esercita su terreni che appartengono a privati, è una vera servitù? Il comune è sottoposto al diritto ordinario per ciò che si riferisce all'acquisto del diritto di passaggio, vale a dire non può esso invocare la prescrizione? I principii stabiliti dal codice civile sono stati modificati dalle leggi speciali, e qual'è la portata di queste modificazioni? Cominciamo dall'esame di tali questioni.

a) Del passaggio a titolo di servitù.

I. — Sistema del codice civile.

208. Supponiamo che gli abitanti di un comune esercitino, come tali, un diritto di passaggio su fondi appartenenti a privati: ciò costituisce forse una servitù reale di passaggio? Questa prima questione è di già controversa. Si obbietta che manchi uno dei caratteri essenziali delle servitù; vi è bene un fondo serviente su cui il passaggio si esercita, ma dove è il fondo dominante a vantaggio del quale il passaggio esiste? Gli abitanti esercitano il diritto di passaggio, non come proprietarii di fondi dominanti, ma come abitanti del comune; di guisa che anche le persone le quali non possedessero alcuna proprietà nel comune avrebbero pur sempre il diritto di passare sul fondo serviente; e dove non vi sono fondi dominanti, non può farsi questione di servitù. E' verissimo che gli abitanti esercitano un passaggio non come proprietarii, ma come abitanti: vale a dire che la strada sulla quale transitano a titolo di servitù è una vera strada pubblica e che, se costituisce una servitù, questa

appartiene al comune. Ci è dunque necessario vedere se il comune possa avere un diritto di passaggio a titolo di servitù.

Il comune, ente morale, può essere proprietario; esso può dunque possedere altresì uno smembramento della proprietà, come un usufrutto, e perciò una servitù. Ma occorre imprescindibilmente che le condizioni richieste per l'esistenza d'una servitù siano tutte adempiute. E' quindi necessaria l'esistenza di un fondo dominante. Fu giudicato che un comune potesse avere, a titolo di servitù, il diritto di tenere la sua fiera sopra una proprietà privata, ma che questa servitù, essendo discontinua, non poteva acquistarsi con la prescrizione (1). Dov'è, nella specie, il fondo dominante? E' forse il territorio comunale? Bisogna intenderci bene: il comune, può essere, come è di regola, proprietario delle piazze pubbliche, può avere dei beni comunali; ma la fiera non si tiene già a vantaggio di questo demanio pubblico o privato del comune sibbene nell'interesse degli abitanti. Può il comune in nome degli abitanti considerati come proprietari, stipulare una servitù? Se il comune è una persona civile, lo è come organo degli interessi comunali, e quindi degli abitanti, come tale soltanto esso acquista e possiede; perchè non potrebbe, in nome degli abitanti, stipulare una servitù in favore dei loro fondi? Sono gli abitanti medesimi che la stipulano, il comune non ne è che l'intermediario.

Per i diritti di passaggio la questione offre un dubbio minore. Le servitù di passaggio si possono considerare come costituite nello interesse delle strade pubbliche appartenenti al comune; infatti, ordinariamente i sentieri di passaggio servono ad unire fra loro le strade pubbliche, o a dare accesso a queste vie. In tal caso, si può dire alla lettera che il passaggio è dovuto ad un bene che trovasi nel dominio del comune; quantunque le strade pubbliche siano fuori di commercio, ciò non impedisce che possano essere costituite delle servitù a vantaggio di siffatte vie di comunicazione; queste possono del pari essere gravate di servitù, purchè tali oneri non siano un ostacolo alla destinazione pubblica della via. Così è stato deciso dalla Corte di cassazione del Belgio (2).

Questa maniera di considerare i diritti di passaggio non basta per metter termine ad ogni controversia. Può darsi che il diritto di passaggio non sia l'accessorio d'una strada, che costituisca per sè stesso una via di comunicazione e la sola esistente nel comune. Ciò accade pressochè generalmente nelle Fiandre. All'epoca della discussione della legge del 10 aprile 1841 sulle strade vicinali, fu detto, senza alcuna contraddizione, che non vi era una sola strada vicinale in queste provincie che non fosse stata stabilita per via di servitù. In tutto il corso della

(1) Riom, 30 dicembre 1844 (Dalloz, 1846, 2, 88).
(2) Sentenza di rigetto del 3 giugno 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 1, 200).

discussione si qualificarono altresì come servitù i passaggi che i comuni esercitano su terreni appartenenti a privati. Un membro della Camera dei rappresentanti definì questo diritto nei termini seguenti: « Il diritto che possono avere gli abitanti di passare sovra un fondo appartenente ad un altro ». La sezione centrale riconobbe formalmente che l'esercizio di queste strade costituiva la servitù di passaggio, la quale, secondo l'art. 691, non può acquistarsi mediante prescrizione. Le Corti del Belgio si sono più volte pronunziate in tal senso (1). Fu sostenuto avanti la Corte di Gand che i passaggi i quali servivano da via pubblica fossero stabiliti in favore agli abitanti, che costituivano quindi delle servitù personali di passaggio. La Corte risponde, e la risposta ci sembra perentoria: è ben vero che il passaggio viene esercitato dagli abitanti, ma ciò accade pure per qualsivoglia altro passaggio, giacchè questo non si esercita già dal fondo, sibbene dalla persona che lo occupa. In realtà il passaggio non è costituito a favore degli abitanti personalmente, bensì in profitto di essi e degli stabilimenti che compongono il comune; si tratta dunque di un diritto imposto sovra un fondo per l'uso e l'utilità dei fondi appartenenti agli abitanti di un comune, e quindi di una servitù reale (2). Resta a vedere se il comune possa stipularla od acquistarla in nome degli abitanti. Abbiamo già risposto in argomento.

209. Nasce ora la questione di sapere se i comuni possono acquistare una servitù di passaggio su fondi appartenenti a privati. Così enunciata, la tesi deve essere risoluta in senso negativo. L'art. 691 dice che le servitù discontinue non possono costituirsi che mediante titolo; non ammette neppure il possesso immemorabile. Se i diritti di passaggio reclamati da un comune sono vere servitù, l'art. 691 deve trovare applicazione, salvo che non vi sia nel codice un'eccezione a favore dei comuni; ma invano si cercherebbe nella legge una simile deroga. È questa l'opinione unanime degli autori (3), nè vi dissente la giurisprudenza. Noi supponiamo, beninteso, che il terreno su cui la servitù si esercita non appartenga al comune. Quindi il passaggio non può essere esercitato che a titolo di servitù, e per conseguenza cade sotto l'applicazione dell'art. 691. Si è tentato di sfuggire al divieto scritto in questo articolo invocando il consenso tacito del proprietario del fondo serviente. La Corte di Angers ha respinto un simile sistema il quale altro non è se non un mezzo per eludere la legge. Ciò non vuol dire che il titolo non possa risultare da un concorso di consenso tacito;

(1) DELEBECQUE, *Commentaire législatif de la loi du 10 avril 1841 sur les chemins vicinaux*, p. 9, n. 10. Confronta sentenza di Bruxelles del 24 giugno 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 340).
(2) Gand, 20 giugno 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 186).
(3) DEMOLOMBE, t. XII, p. 310, n. 797. AUBRY e RAU, t. III, p. 72, nota 33 e gli autori che vi sono citati. Confronta DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1135.

la sentenza non lo nega, ma dice benissimo che il consenso ad un atto così importante qual'è una servitù di passaggio deve risultare da atti o da fatti i quali non lascino alcun dubbio sulla volontà delle parti interessate. Anche la prescrizione della servitù suppone un consenso tacito; ciò non ostante, la legge non ha voluto ammettere prescrizione di sorta per le servitù discontinue, precisamente perchè è dubbia la volontà delle parti interessate. La Corte di cassazione confermò la sentenza decidendo che l'art. 691 non permette l'acquisto di una servitù di passaggio a favore del comune, quando vi sia un titolo (1).

210. Le Corti del Belgio non consentono affatto con questa dottrina. La nostra giurisprudenza, bisogna confessarlo, è, su questo punto, piuttosto confusa. Riporteremo più innanzi taluni giudicati i quali consacrano la distinzione da noi fatta tra il passaggio esercitato a titolo di proprietà e quello reclamato a titolo di servitù. Ora, questa distinzione serve di base alla dottrina esposta più sopra. Si hanno pure talune sentenze che contraddicono i principii sui quali poggia la giurisprudenza francese. Noi vedremo queste obbiezioni e tenteremo di rispondervi.

L'art. 691, dice la Corte di Bruxelles, non è applicabile se non ai diritti di passaggio che il codice annovera fra le servitù; ora, l'art. 637, che definisce le servitù, non può essere esteso ai diritti di passaggio esercitati a titolo di via pubblica, per uso e vantaggio del pubblico, indipendentemente da ogni fondo dominante (2). Perciò la Corte nega che vi sia un fondo dominante; noi abbiamo veduto che la Corte di Gand afferma il contrario (n.° 208). A nostro parere, la Corte di Gand ha rettamente deciso: nè occorre che ci facciamo a ripetere quanto abbiamo già detto. La circostanza rilevata dalla Corte di Bruxelles, che il passaggio viene esercitato dal pubblico, nulla muta al carattere giuridico del diritto. Qual'è infatti il *pubblico* che pratica le vie vicinali? Gli abitanti del comune; il passaggio è dunque stabilito per l'uso o l'utilità di coloro che abitano il comune, vale a dire dei proprietari che vi risiedono. Che importa se il passaggio sia aperto ad ognuno? (3). Basta che sia imposto sopra un fondo per l'utilità di quelli che occupano altri fondi; quindi il diritto è una servitù e va regolato dai principii generali che le governano.

La Corte di Bruxelles non s'arrende ed afferma che i motivi per cui il codice ha divietato l'acquisto delle servitù discontinue

---

(1) Sentenza di rigetto del 5 giugno 1885 (Dalloz, 1855, 1, 394). Confronta sentenza di rigetto del 27 maggio 1834 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1135, 1.°).

(2) Bruxelles, 18 dicembre 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 17); 19 dicembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 304).

(3) La Corte di cassazione del Belgio si appoggia su questa circostanza. Sentenza di rigetto del 28 luglio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 425).

mediante la prescrizione sono estranei al diritto di passaggio appartenente ai comuni. Perchè il codice non vuole che una servitù di passaggio s'acquisti con la prescrizione? Perchè si presume che il possesso sia di semplice tolleranza e di familiarità. Ora, può farsi questione di rapporti di buon vicinato, che sono quasi vincoli d'amicizia, quando il passaggio è esercitato da tutti, anche da ignoti? Noi potremmo rinviare l'eccezione al legislatore, perchè essa tende ad apportare una deroga all'articolo 691; ora il solo legislatore può creare eccezioni, l'interprete non ha alcun diritto di farne, per quanto valide possano essere le ragioni che le giustifichino. Ma è poi vero che una strada pubblica, praticata a titolo di servitù, escluda la tolleranza? Colui che sopporta un passaggio non lo fa sempre per affetto verso la persona cui consente di transitare sul suo fondo: la tolleranza non è l'amicizia. Molte cose si tollerano che pur si vorrebbe impedire; si soffre talvolta perchè non si ha interesse a sollevare opposizioni, tal altra per conciliarsi la benevolenza degli abitanti. Ciò, del resto, importa assai poco: il possesso si presume precario, come si diceva nell'antico diritto, il che esclude qualunque prescrizione.

Noi non neghiamo che vi siano differenze fra il diritto di passaggio che serve di via pubblica e quello stabilito sopra un fondo a vantaggio di un altro. Il procuratore generale presso la Corte di cassazione del Belgio ha magistralmente esposte queste diversità. La servitù comunale di passaggio ha tutti i caratteri d'una via pubblica, d'un mezzo di comunicazione, mentre la servitù di passaggio di cui s'occupa il codice civile è una strada privata; dall'una parte è in causa un interesse generale, dall'altra, invece, un interesse particolare. Essendo diversa la natura dei due diritti, non è logico che siano regolati da principii differenti? (1). Dal punto di vista teorico, non abbiamo difficoltà ad ammetterlo. Ma per consacrare una eccezione non basta la teoria, occorre una disposizione formale: e dove sta scritta? Si cita l'articolo 650, a termini del quale vi sono servitù stabilite per l'utilità comune; l'articolo soggiunge che tutto quanto riguarda questa specie di servitù è determinato dalle leggi o dai regolamenti particolari. Ora, i diritti di passaggio dovuti ad un comune sono servitù comunali; dunque l'articolo 691 non può essere ad essi applicato. Qual conclusione se ne trae? Che queste servitù di passaggio possono acquistarsi con la prescrizione (2). Supponiamo un momento che l'articolo 650 comprenda fra le servitù di utilità comunale anche i diritti di passaggio; la conseguenza che se ne deduce sarebbe tuttavia inammissibile. Infatti il codice rinvia tutto

---

(1) Requisitoria di Leclercq, nella causa decisa dalla Cassazione del 18 marzo 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 1, 158).

(2) Bruxelles, 2 maggio 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 205).

ciò che concerne le servitù comunali alle leggi particolari; dove è la legge che ammette l'acquisto mediante prescrizione dei diritti di passaggio reclamati da un comune? Noi ragioniamo sempre nel sistema della legislazione francese, nel sistema del codice civile; ed alla questione che abbiamo enunciata non può darsi che una sola risposta: che, cioè, non esiste legge particolare che consenta la prescrizione delle servitù discontinue. Dunque l'articolo 650 non può essere invocato. Ciò è tanto vero che la giurisprudenza che noi combattiamo non cita alcuna legge; essa ammette la prescrizione secondo il diritto comune: e così applica il codice civile mentre l'art. 650 di questo codice ci rinvia a leggi particolari. Ciò non dimostra forse che si ha avuto torto d'invocare l'articolo 650? In realtà, questa disposizione è estranea ai diritti di passaggio; essa non si limita a dichiarare che le servitù di utilità comunale sono regolate da leggi o regolamenti particolari, ma enumera queste servitù, dunque le limita. Quali sono le servitù di utilità comunale? Quelle dice il testo, « le quali hanno per oggetto la costruzione o la riparazione delle strade comunali ». Forse che i diritti di passaggio si riferiscono ad uno di tali obbietti? La questione non avrebbe senso, epperò bisognerà ritenere che l'articolo 650 non comprende i diritti di passaggio che servono di via di comunicazione. Aggiungiamo che non poteva essere nel pensiero del legislatore francese di comprendere le vie di servitù fra le servitù comunali; poichè esso emanava una legge, non già per le Fiandre, di cui ignorava certamente i diritti e gli usi, ma per la Francia; ora in Francia le strade comunali sono strade di proprietà, vale a dire che il suolo ne appartiene ai comuni. Non già che i comuni non possano avere diritti di servitù, ma questi diritti rimangono sotto l'impero della legge comune, che è il codice civile.

La nostra conclusione è che, secondo il codice Napoleone, i diritti di passaggio appartenenti ai comuni in nulla differiscono dalle servitù di passaggio che spettano ai privati. Donde segue che l'articolo 691 è applicabile tanto agli uni quanto agli altri: i comuni non possono dunque, col mezzo della prescrizione, acquistare un passaggio, quando lo reclamano a titolo di servitù. Resta a vedere in qual senso la legge del 10 aprile 1841 abbia derogato a questi principii.

N. 2. — Sistema della legge belga del 10 aprile 1841.

211. A termini dell'articolo 10 della legge del 10 aprile 1841, è ammessa, in materia di strade vicinali, la prescrizione di dieci e venti anni. Questa prescrizione richiede un titolo; la legge considera come tale la deliberazione della deputazione provinciale che fissa definitivamente il piano di allineamento.

In tutti i comuni vi sono piani generali di allineamento e di delimitazione di strade vicinali, stesi per opera degli amministratori comunali. Questi piani indicano la larghezza che le strade hanno o debbono avere; essi stanno esposti durante due mesi nella segreteria comunale. In questo termine, chiunque può portare reclamo. I proprietari delle porzioni di terreno che, a norma dei detti piani, debbòno essere restituite od incorporate alla strada hanno diritto ad essere avvertiti in modo particolare, e possono reclamare entro due mesi dalla data dell'avviso. Se vi sono reclami, il consiglio comunale li esamina e statuisce entro il detto termine. Dalle sue deliberazioni può appellarsi alla deputazione permanente del consiglio provinciale. La deputazione pronunzia senza ulteriore ricorso, in via amministrativa; i diritti rimangono salvi e possono essere discussi innanzi ai tribunali. Adempiute a queste formalità, i piani vengono definitivamente stabiliti dalla deputazione permanente. Tale deliberazione serve di base alla prescrizione di dieci o di venti anni (art. 1-10).

212. Questa prescrizione si applica alle servitù di passaggio reclamate dai comuni sui terreni dei privati? L'affermativa non è dubbia; essa risulta dal testo e dallo spirito della legge. Sotto il nome di strade vicinali, la legge comprende qualunque specie di vie che servano di comunicazione nel comune, tanto se gli appartengano a titolo di servitù quanto se a titolo di proprietà (art. 1 e 29). La disposizione dell'articolo 10 specialmente, relativa alla prescrizione, è stata introdotta nella legge in vista sopratutto delle strade di servitù. Essa venne proposta dal ministro dell'interno che la motivò in questi termini: « Siccome il codice civile è interpretato dalla maggior parte degli autori nel senso che un comune non può acquistare una servitù di passaggio mediante prescrizione, si è pensato che i comuni potessero essere esposti fra un secolo o due a vedersi contestare il godimento di tutti i loro *diritti di servitù*, quantunque portati dai piani; è quello che io ho voluto evitare col mio emendamento (1) ». Di fronte a tale dichiarazione, non può esservi il minimo dubbio. La giurisprudenza è in questo senso; a vero dire, la questione non ha mai formato oggetto di discussione innanzi ai tribunali (2).

213. Quali sono le condizioni di questa prescrizione? La legge richiede il possesso di dieci o venti anni ed un titolo: bisogna aggiungervi la buona fede. Infatti, la legge parla della *prescrizione* di dieci o venti anni; ora, questa prescrizione, che ordinariamente chiamasi usucapione, è fondata sul titolo e sulla buona fede del possessore. Il testo dunque basterebbe per de-

---

(1) DELEBECQUE, *Commentaire législatif de la loi du 10 avril 1841*. p. 33, n. 66.
(2) Gand, 4 giugno 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 279); Bruxelles, 24 giugno 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 339).

cidere la questione. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Proponendo il suo emendamento, il ministro dell'interno ha formalmente dichiarato doversi necessariamente intendere, che, perchè l'ordinanza della deputazione potesse servire di titolo, occorreva che vi si aggiungessero il *possesso* e le *altre condizioni* richieste dal codice civile. Tutte le sentenze da noi ricordate risolvono appunto la questione in questo senso.

Vi è tuttavia una grande differenza tra la prescrizione della legge del 1841 e l'usucapione dell'articolo 2265. Entrambe sono fondate sopra un titolo, ma il titolo richiesto dal codice civile è un giusto titolo, vale a dire un atto traslativo di proprietà, mentre che la deliberazione la quale serve di titolo in materia di strade vicinali è fondata sopra un atto amministrativo, il qual certo non è traslativo di proprietà poichè lascia, al contrario, impregiudicata la questione relativa alla proprietà, secondo vuole il ripetuto articolo 10. È dunque molto impropriamente che la legge del 1841 dà il nome di titolo a questa deliberazione. Ne risulta anche una singolare anomalia. L'usucapione propriamente detta, quella dell'articolo 2265, quantunque fondata sopra un giusto titolo, non vale all'acquisto delle servitù. Nella discussione della legge del 1841 fu proposto di ammetterla; ma l'emendamento fu respinto, perchè non si voleva derogare al codice civile. Tuttavia la legge consacra il principio della prescrizione acquisitiva fondata sulla deliberazione della deputazione provinciale. L'anomalia non è che apparente. Per qual motivo il legislatore francese ha respinta la prescrizione come modo di acquisto delle servitù discontinue? Perchè il possesso si presume precario, per meglio dire, di tolleranza e di familiarità. Questo motivo sussiste, come noi abbiamo detto (n. 194), anche quando vi è un titolo emanato da chi non è proprietario del fondo servente. Ma scompare quando un atto della pubblica autorità, dopo una lunga procedura, constata che un passaggio viene esercitato dal comune a titolo di servitù. Si può ancora contestare l'esistenza di un diritto di servitù ed impedire per conseguenza la prescrizione; il deliberato della deputazione costituisce in mora le parti interessate; se queste serbano il silenzio durante dieci o venti anni, mentre il passaggio viene quotidianamente praticato dagli abitanti, qualunque presunzione di tolleranza cessa, poichè il passaggio è rivendicato ed esercitato a titolo di diritto.

214. La legge del 1841 deroga dunque al codice civile. Importa precisare in che consista tal deroga e quale ne sia l'estensione. Sotto l'impero del codice, i comuni non potevano reclamare alcun passaggio a titolo di servitù, fondandosi sulla prescrizione. La nuova legge ammette la prescrizione come mezzo d'acquisto delle strade di servitù a condizione però che un deliberato della deputazione provinciale abbia compreso il passaggio tra le strade vicinali. Adunque senza tale deliberazione, non può parlarsi di prescrizione, in virtù della legge

del 1841; si rientra per conseguenza sotto l'impero del codice civile che respinge qualunque prescrizione in materia di servitù discontinue.

La servitù di passaggio acquistata mediante prescrizione in virtù della legge del 1841, differisce grandemente dalla servitù di passaggio di cui il codice civile interdice la prescrizione. Questa è d'interesse privato, l'altra d'interesse generale; essa costituisce una strada pubblica, come tale è classificata tra le strade vicinali con un atto dell'autorità amministrativa; la via acquisita a titolo di servitù viene in tutto assomigliata alle strade pubbliche il cui suolo appartiene al comune. Donde conseguenze importanti, una delle quali è consacrata dal testo della legge del 1841: a termini dell'articolo 12, le strade vicinali sono imprescrittibili, poichè formano parte del pubblico demanio del comune che è posto fuori di commercio. Questa disposizione si applica egualmente alle strade di servitù; infatti, essa comprende tutte le strade vicinali, « riconosciute e conservate dai piani generali d'allineamento »; ora anche le strade di servitù si trovano elencate su questi piani. Non vi è che una differenza tra le strade di servitù e quelle di proprietà, cioè che il suolo delle prime appartiene ai proprietari laterali e continua a spettare a costoro, per quanto lunga sia la durata del possesso, trattandosi pur sempre di un possesso di servitù. Del pari, finchè le strade di servitù sono consacrate all'uso pubblico, i proprietari del suolo non possono esercitarvi alcun diritto di godimento nella loro qualità di proprietari, appartenendo la proprietà utile al comune. Ma se la strada è abbandonata, i proprietari latistanti rientrano nella pienezza dei loro diritti; essi riprendono i terreni che non sono mai usciti dal loro dominio. Tuttavia questa ripresa è sottoposta a condizioni speciali. Occorre che il collegio degli scabini emani un decreto constatante un abbandono totale o parziale della strada; i proprietari inoltre debbono domandare al collegio un'autorizzazione che del resto non può essere loro ricusata, salva l'obbligazione di pagare la plusvalenza (art. 29).

Noi diciamo che la proprietà, che i latistanti conservano sulle strade di servitù non attribuisce loro alcun diritto finchè queste inservono al pubblico uso. È questa una conseguenza della destinazione pubblica che affetta simili strade.

Se ne dovrà dedurre che i proprietari finitimi possono aprire finestre e porte sulle strade di servitù, come ne hanno il diritto quando si tratta di una strada il cui suolo appartiene al comune? Qui vi è qualche dubbio. Si può dire che la strada di servitù rimane una servitù di passaggio, che la nuova legge non ha derogato al codice civile se non in quanto concerne l'acquisto delle medesime col mezzo della prescrizione, che sotto ogni altro riguardo i principii del diritto comune debbono ricevere la loro applicazione. Ora, è certo che il proprietario del fondo dominante non ha i diritti di veduta e di uscita sul

fondo gravato di una servitù di passaggio. La Corte di Bruxelles si è pronunciata in questo senso; ma la sua sentenza è stata cassata. Non è esatto dire che la deroga apportata dalla legge del 1841 al codice civile si limiti all'acquisto delle strade di servitù mediante la prescrizione. Una volta acquistate, queste strade sono sottoposte in tutto al regime delle strade vicinali, il cui suolo appartiene al comune. Si tratta di strade pubbliche; ora le strade pubbliche non servono unicamente al passaggio; esse danno altresì ai proprietari latistanti diritti di veduta ed uscita. La legge non fa alcuna distinzione, sotto questo rapporto, tra le strade di servitù e le strade di proprietà. L'articolo 12 dichiara imprescrittibili tutte le strade vicinali fino a quando sono destinate al pubblico uso; hanno dunque tutte la medesima destinazione, quella cioè di servire al pubblico, e naturalmente per tutti i vantaggi che il pubblico può ricavare da una via. Ciò decide la questione sulla quale la Corte di Bruxelles e la Corte di cassazione si trovano in disaccordo (1).

a) Del passaggio a titolo di proprietà.

215. Possono i comuni acquistare la proprietà di una strada mediante la prescrizione? In teoria ciò non presenta alcun dubbio. La prescrizione è uno dei mezzi di acquistare la proprietà (articoli 711 e 2219); ora essendo i comuni persone civili, hanno per ciò piena capacità di acquistare, senza che occorra distinguere tra la prescrizione e gli altri modi legali di acquisto. Ma l'applicazione del principio solleva seria difficoltà. Il comune reclama una strada come ad esso appartenente a titolo di proprietà, invocando la prescrizione. In qual modo proverà il suo diritto? La prescrizione si fonda sul possesso; il possesso si stabilisce mediante atti di passaggio; consta che gli abitanti sono passati da oltre trent'anni sulla strada rivendicata dal comune: sarà ciò sufficiente perchè il comune ne sia riconosciuto proprietario? Posta in questi termini, la questione dovrebbe essere decisa negativamente. Invero, il fatto di passare sul fondo altrui è considerato dal codice come un atto di tolleranza; è questa la ragione per cui esso non ammette l'acquisto mediante prescrizione d'una servitù di passaggio. Che se il fatto di passare non può valere di fondamento ad una servitù, vale a dire ad uno smembramento della proprietà, come servirebbe di base alla proprietà istessa? Se il passaggio è riputato di tolleranza quando è questione d'una servitù, come muterebbe carattere quando si tratta della proprietà? Non è

---

(1) Bruxelles, 24 giugno 1867 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 337). Sentenza di Cassazione del 18 marzo 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 1, 153) e la requisitoria del procuratore generale LECLERCQ (*ibid*, p. 159 e seg.).

più razionale riconoscere che la presunzione di tolleranza o di precarietà, la quale impedisce che i passaggi costituiscano una semplice servitù, debba a più forte ragione togliere ad essi qualunque efficacia per prescrivere la proprietà? La obbiezione è stata posta innanzi da ingegni valenti (1): e secondo i termini nei quali la questione fu presentata da noi, non sembra vi sia nulla a rispondere. In questo senso venne giudicato che gli atti di passaggio invocati da un comune non potevano fondare a suo vantaggio nè servitù nè proprietà (2). Ma non si va forse troppo in là? Bisogna almeno guardarsi dal trarre da questa sentenza la conclusione che la proprietà d'una strada non può essere acquisita mediante prescrizione. La difficoltà sta tutta nella prova, vale a dire che è piuttosto di fatto che di diritto. La Corte di cassazione si è appunto pronunziata in questo senso. Essa stabilisce come principio che i comuni possono acquistare la proprietà d'una via *pubblica* mediante la prescrizione; salvo a provare che il possesso da essi allegato presenti i caratteri voluti dalla legge; il semplice fatto del passaggio non basterà; occorrerà che ve se ne aggiungano altri il cui valore dovrà essere apprezzato dall'autorità giudiziaria. Se questa trova che gli atti di possesso costituiscono piuttosto un diritto di servitù che un diritto di proprietà, il comune non potrà ottenere la strada nè a titolo di proprietà, poichè esso non prova il suo diritto, nè a titolo di servitù, poichè non potrebbe acquistarla mediante la sola prescrizione (3).

216. Questa è la soluzione da darsi alla sollevata difficoltà di fronte al puro diritto civile. Ma occorre ancora di tener conto della modificazione apportata al codice Napoleone dalla legge del 1841. L'articolo 90 di questa legge ammette la prescrizione di dieci e venti anni, quando vi è una deliberazione della deputazione provinciale che classifichi la strada fra le comunali. Questa disposizione non distingue fra le strade di proprietà e quelle di servitù; è dunque certo che deve applicarsi al caso di acquisto della proprietà d'una strada pubblica. Da ciò risulta una conseguenza assai importante ed una nuova deroga ai principii del codice civile. Vi è una deliberazione che comprende la strada in questione nella viabilità vicinale; la proprietà del comune è contestata; questo sarà ammesso, dice l'articolo 10, a stabilire il suo diritto di proprietà mediante la prescrizione di dieci o venti anni. Potrà esso allegare i fatti di passaggio per provare il suo diritto? L'affermativa non ci sembra dubbia, poichè la deliberazione della deputazione distrugge, come abbiamo detto, la presunzione di precarietà che

(1) Vedi il rapporto del consigliere MESNARD sulla sentenza di rigetto del 15 febbraio 1847 (DALLOZ, 1847, 1, 109), egli cita PARDESSUS, GARNIER e DALLOZ.
(2) Bordeaux, 13 novembre 1852 (DALLOZ, 1856, 2, 26).
(3) Sentenza di rigetto del 10 giugno 1858 (DALLOZ, 1, 450).

il codice Napoleone annetteva agli atti di passaggio. Dal momento che vi è una deliberazione della deputazione, il fatto di passare stabilisce l'esistenza di un diritto. Ma di quale diritto? Può trattarsi tanto d'una servitù che d'un diritto di proprietà: ed ecco nuovamente la difficoltà della prova. Non basterà al comune, per essere dichiarato proprietario della strada, di dimostrare che gli abitanti hanno transitato per quella durante dieci o venti anni, giacchè il passaggio ha potuto essere esercitato a titolo di servitù. Sarà dunque necessario che il comune provi con altri fatti che esso ha posseduto il passaggio a titolo di proprietà (1).

La legge del 1841 non deroga solamente al codice civile in quanto concerne la prova; essa vi deroga altresì quanto al modo di prescrizione. Secondo il codice civile, la prescrizione senza il concorso del titolo e della buona fede richiede un possesso di trent'anni (art. 2262), ed un possesso di dieci o venti anni, quando quei requisiti esistono; il titolo deve essere giusto, vale a dire traslativo di proprietà (art. 2265). Quando vi è una deliberazione della deputazione permanente, la prescrizione è ridotta a dieci o venti anni, quantunque non vi sia giusto titolo; la deliberazione della deputazione ne tien luogo.

217. Qual'è l'effetto della deliberazione quanto ai diritti del comune e dei terzi? L'articolo 10 della legge prescrive che la deliberazione della deputazione provinciale, la quale fissa definitivamente il piano, non è di pregiudizio ai reclami di proprietà nè ai diritti che ne derivano. Nel progetto del governo era detto che la deliberazione non pregiudicava ai diritti dei terzi. Al momento della discussione, si criticò questa disposizione come non abbastanza larga. Lo scopo dell'articolo 10, tal quale è redatto, è di limitare le attribuzioni della deputazione; questa non decide alcuna questione di proprietà, la quale quindi rimane impregiudicata (2). Ciò s'intende da sè, poichè, secondo la nostra costituzione, le contestazioni che cadono sopra diritti civili sono di esclusiva competenza dei tribunali (art. 92). Sotto questo rapporto vi è una differenza fra il diritto belga e quello francese; noi crediamo opportuno di farla notare per tenere in guardia i nostri giovani lettori contro l'applicazione della giurisprudenza delle Corti di Francia. La Corte di Bordeaux ha giudicato che la deliberazione la quale classifica una strada tra le vicinali importa attribuzione legale della strada al comune (3). Risulta da ciò che il comnne il quale reclama una strada come ad esso appartenente nulla deve provare; il decreto

(1) Confronta Agen, 23 luglio 1845 (DALLOZ, 1845, 2, 175).
(2) DELEBECQUE, *Commentaire*, p. 32, nota 64; Gand, 1.° luglio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 324).
(3) Bordeaux, 13 novembre 1852 (DALLOZ, 1856, 2, 26).

di classificazione forma un titolo in suo favore, salva la dimostrazione del contrario a coloro che si pretendono proprietari. Secondo il nostro diritto pubblico, e specialmente secondo la legge del 1841, l'ordinanza non costituisce alcun titolo di proprietà, e neppure una presunzione, salvo che non vi sia prescrizione.

218. Che bisogna decidere se non vi è deliberazione della deputazione provinciale? Ciò non impedisce al comune di rivendicare le strade che gli appartengono. Infatti la deliberazione è estranea alle questioni di proprietà; essa non ha influenza sul diritto del comune che allorquando vi è prescrizione di dieci o venti anni. Se il comune non allega questa prescrizione, non si è più nel caso dell'articolo 10; vale a dire che si rientra sotto l'impero del diritto comune. La giurisprudenza francese ammette altresì non essere necessaria la classificazione amministrativa perchè i comuni possano reclamare la proprietà d'una via pubblica; la loro proprietà sarà stabilita con tutti i modi legali che i privati possono invocare. Ne risulta che il comune potrà fondare il suo diritto sulla prescrizione ordinaria di trent'anni (1). Ma allora ricompariscono le difficoltà relative alla prova. Su questo punto si può invocare la giurisprudenza francese.

La difficoltà consiste nel distinguere le strade di servitù dalle strade di proprietà: le prime non possono essere acquistate col possesso di trent'anni, mentre le altre si possono invece prescrivere. Occorre che il comune provi che la strada è pubblica. Il fatto che gli abitanti son passati dalla strada non basta perchè sia pubblica, poichè il passaggio può non essere che di servitù, vale a dire a titolo di tolleranza, il che esclude qualunque diritto e di servitù e di proprietà; occorre, come ha deciso la Corte di cassazione nella sentenza che abbiamo citata, « che il comune abbia fatto passare la strada nel demanio comunale mediante un'appropriazione caratterizzata ». La sentenza indica il genere di prove che il comune dovrebbe fornire: lo scavamento dei fossati, l'inghiaiamento e la manutenzione della strada a spese del comune, l'erezione d'un pubblico monumento, per esempio d'una croce; la circostanza che la strada serve di comunicazione tra due comuni o di congiunzione tra due strade pubbliche. Spetta ai giudici del fatto constatare se il possesso fa prova della proprietà, o se non è che un possesso di tolleranza (2). La giurisprudenza delle Corti del Belgio è conforme, in questo punto, a quella delle Corti di Francia; in diritto non vi è alcun dubbio, la difficoltà non concerne che

(1) Sentenza di rigetto dell'11 febbraio 1857 (DALLOZ, 1857, 1, 256). Bourges, 30 gennaio 1826 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1137, 3.°).
(2) Bordeaux, 11 novembre 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 230); Grenoble, 27 gennaio 1843 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1138).

la prova. La Corte di Bruxelles ha giudicato che il solo fatto di essere gli abitanti passati per una strada, fosse anche da tempo immemorabile, non basta per rendere il comune proprietario, allorchè il passaggio non è che di semplice tolleranza (1), ed ogni passaggio, quando non vi è ordinanza della deputazione permanente, è presunto tale del codice. Come dice benissimo la Corte di Gand (2), il solo fatto di passare, insufficiente per caratterizzare un possesso capace di fare acquistare una semplice servitù di passaggio col mezzo della prescrizione, non può bastare all'acquisto, col medesimo mezzo, della proprietà della strada; i vizii di discontinuità, di tolleranza, di precarietà da cui è inficiato il fatto del passaggio, e che impediscono la prescrizione d'una servitù di passaggio, sono, a maggior ragione, d'ostacolo alla prescrizione dell'intiera proprietà.

Sezione III. — Dell'esercizio delle servitù.

§ I. — *Quali servitù possono costituirsi.*

219. L'articolo 686 prescrive che è concesso al proprietario di costituire sulla sua proprietà, od in favore di questa tutte quelle servitù che gli sembrino opportune. Questo diritto deriva dal potere che il proprietario ha sulla sua cosa; egli ne può disporre nel modo più assoluto (art. 544), il che include la facoltà di smembrarla o di gravarla di diritti reali. Quando lo smembramento profitta ad un'altra persona o ad un altro fondo, prende il nome di servitù personale o reale. Sembra che l'articolo 686 interdica le servitù personali, poichè soggiunge: « purchè le servitù stabilite non siano imposte nè alla persona, nè a beneficio della persona, ma solamente ad un fondo determinato e per l'uso di questo ». Noi abbiamo altrove spiegata questa disposizione (3). Qui non ci occuperemo che delle servitù reali. La costituzione di queste soffre egualmente una restrizione; l'articolo 686 aggiunge: « purchè tali servitù non siano in alcun modo contrarie all'ordine pubblico ». Tale riserva è di diritto comune. I privati non possono mai derogare alle leggi che interessano l'ordine pubblico (art. 6). Noi abbiamo detto nel primo volume dei nostri principii (n. 47-49) che questa regola deve essere formulata in termini più generali: non è permesso alle parti contraenti di derogare a ciò che ha tratto

(1) Bruxelles, 26 ottobre 1859 e 16 gennaio 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 61 e 63). Confronta Bruxelles, 18 luglio 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 201).
(2) Gand, 30 giugno 1843 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 185).
(3) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, nn. 144 e 145, e il t. VI, n. 323.

all'interesse comune. Il principio è applicabile altresì alle donazioni ed ai testamenti; vi è tuttavia una grande differenza fra i contratti a titolo oneroso e gli atti a titolo gratuito: in questi, le clausole e condizioni contrarie alla legge od al buon costume si reputano come non scritte (art. 900); mentre queste medesime condizioni rendono invece nulla la convenzione che ne dipende (art. 1172). Avremo occasione di ritornare su questa differenza al titolo delle *Donazioni.*

Le parole *ordine pubblico* hanno dunque un duplice significato: nel senso stretto si riferiscono allo stato delle persone e significano che le servitù convenzionali non possono derogare alle leggi che aboliscono il regime feudale, come abbiamo detto esponendo i principii generali sulle servitù (1). L'espressione *ordine pubblico* ha ancora un significato più largo, essa è sinonimo d'*interesse pubblico;* perciò le convenzioni che costituiscono una servitù non possono derogare all'interesse generale. Abbiamo veduta un'applicazione di questo principio spiegando l'articolo 674. Quest'articolo prescrive le precauzioni che bisogna prendere per talune costruzioni che potrebbero nuocere ai vicini; le une sono d'interesse privato ed è permesso alle parti contraenti di rinunciarvi; le altre risguardano la sicurezza pubblica, ed a queste non è permesso di derogare (n. 26).

220. L'applicazione dell'articolo 686 solleva numerosissime difficoltà. È spesso difficile determinare il carattere d'un diritto stipulato dalle parti contraenti. È un diritto d'obbligazione? È un diritto di servitù? Tale è la questione di conoscere se un diritto di caccia può essere stipulato a ditolo di diritto reale; noi l'abbiamo esaminata altrove (2). Talvolta è incerta la stessa qualifica del diritto reale. Se il diritto è reale, importa assai poco come lo si qualifichi, poichè è principio che i proprietarii possono smembrare i loro diritti di proprietà come sembra loro più opportuno, e tutti questi diritti reali son regolati dai medesimi principii (3). Esamineremo talune specie che si sono presentate innanzi ai tribunali.

Si domanda se si può stipulare, a titolo di servitù, il diritto di piantare sul terreno altrui. Bisogna distinguere le piantagioni che si fanno sulla via pubblica e quelle che si fanno sopra una proprietà privata. Quanto agli alberi piantati sopra una via pubblica, la legge del 28 agosto 1792 dispone all'articolo 14: « Tutti gli alberi attualmente esistenti sulle vie pubbliche, eccettuate le grandi strade nazionali, e sulle strade delle città, dei borghi e dei villaggi si reputano appartenere ai proprietarii latistanti, salvo che i comuni non giustifichino di averne acquistata la proprietà mediante un titolo o col pos-

---

(1) Vedi il t. VII dei miei *Principii,* n. 147.
(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii,* n. 106, e il t. VII, nn. 108 e 146.
(3) Vedi il t. VI dei miei *Principii,* n. 84.

sesso ». Qual'è la natura di questo diritto? I proprietarii latistanti hanno la proprietà degli alberi piantati sopra un terreno il quale, per diritto comune, forma parte del demanio pubblico comunale. Ora, a termini dell'articolo 547, gli alberi appartengono come frutti al proprietario del fondo, per diritto di accessione. Quando dunque gli alberi appartengono ai proprietarii latistanti, il demanio del comune è smembrato. Invano si direbbe che il demanio pubblico, essendo fuori di commercio, non può essere gravato di servitù. Questo principio non è assoluto come abbiamo detto altrove (1). Qui vi è una legge formale che pone fine ad ogni dubbio: i proprietarii latistanti hanno diritto ad alberi che, in virtù del diritto di proprietà, dovrebbero appartenere al comune: è ben questo un diritto reale. Simile diritto esiste altresì nel senso che i proprietarii latistanti abbiano facoltà di fare nuove piantagioni? La legge del 92 non dà loro facoltà di piantare; può dirsi anzi che la ricusi, dal momento che limita il diritto dei proprietarii latistanti *agli alberi attualmente esistenti*. Quando si discusse la legge del 1841 sulle strade vicinali, la questione fu sollevata avanti l'assemblea del Senato. Si sostenne che i proprietarii latistanti avessero il diritto di piantare in virtù della legge del 1792, il che non è esatto. Il ministro dell'interno dichiarò che se un proprietario latistante avesse acquistato il diritto di piantare sopra una strada, questo diritto gli doveva essere conservato. Ma come può egli acquistare questo diritto? Il ministro risponde che potrà acquistarlo con la prescrizione (2). Bisogna aggiungere che i proprietarii latistanti hanno questo diritto a titolo di proprietarii, laddove, come nelle Fiandre, hanno la proprietà delle strade vicinali, delle quali i comuni hanno solamente il godimento a titolo di servitù. Per diritto comune, il proprietario del fondo serviente può piantare sulla strada che serve di passaggio, purchè la piantagione non nuoccia alla servitù (art. 701). Ora, si suppone che la piantagione non noccia alla circolazione e non sia contraria alla destinazione della via, altrimenti non potrebbe più farsi questione di prescrizione. Si rimane dunque sotto l'impero dei principii generali, il che viene a decidere il dubbio in favore dei proprietarii latistanti.

Se si può avere il diritto di piantare sopra una via pubblica, a titolo di servitù, a maggior ragione potrà aversi tale diritto sovra proprietà private. E la servitù essendo apparente e continua, potrà acquistarsi con la prescrizione. Noi abbiamo detto altrove che il diritto d'avere degli alberi sul fondo altrui esiste in molte località. Merlin chiama questo diritto una pro-

---

(1) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 130.
(2) Delebecque, *Commentaire sur la loi du 10 avril 1841*, p. 55, n. 92.

prietà parziale (1). Non è essa piuttosto una servitù? Colui che ha diritto ad una certa specie di alberi che crescono in un bosco non ha alcun diritto sul suolo, egli non è dunque proprietario; ha un diritto ai frutti senza avere la proprietà del suolo che li produce. A vero dire, è un diritto di natura particolare, che differisce dalle servitù, poichè la servitù è un diritto immobiliare, mentre il diritto che si ha sugli alberi allorquando non si è proprietario del suolo, è un diritto mobiliare. Non è neppure un diritto di proprietà, poichè il suolo appartiene ad altri. È dunque un diritto reale di natura affatto speciale. Vi è una sentenza della Corte di cassazione che sembra contraria a questa tesi. Nella specie, il possesso degli alberi era un semplice fatto, il possessore non avendo eccepito un possesso a titolo di proprietà nè di servitù. La questione rientrava dunque sotto l'applicazione dell'articolo 555, e nulla aveva di comune con la difficoltà da noi esaminata (2). Questa materia dà luogo a ben altre questioni: ma noi crediamo inutile di addentrarci in questa discussione, poichè essa non presenta alcun interesse pratico.

221. Un comune vendendo un terreno confinante con una piazza pubblica, stipula che gli acquirenti saranno tenuti a costruire in un tempo determinato. Questa stipulazione è fatta evidentemente a vantaggio della piazza pubblica. È una servitù? Il tribunale di Gand ha deciso che essa costituisce un onere reale gravante i terreni venduti, e che per conseguenza li segue nelle mani dei subacquirenti. Costoro non possono dolersi che si imponga alla loro proprietà una restrizione cui non hanno consentito. Se l'onere è reale si trasmette per lo stesso motivo a tutti i successori del fondo senza bisogno di una formale dichiarazione. I terzi sono d'altronde prevenuti dalla trascrizione dell'atto di vendita (3). Noi crediamo che il tribunale abbia rettamente giudicato. Resta a sapere se quest'onere costituisca una servitù. Non crediamo. Si obbietta che se vi è una servitù di non costruire, può esservi altresì una servitù di costruire; che, in entrambi i casi, il diritto del proprietario è ristretto. Rispondiamo che le servitù non consistono nel fare; la legge permette, è vero, di mettere a carico del proprietario del fondo serviente i lavori necessarii per l'uso della servitù; ma questo onere, reale altresì, è l'accessorio d'una servitù principale; mentre che, nella speecie, l'onere principale consisterebbe nel fare. È dunque un onere di natura affatto particolare. Se il tribunale si è pronunciato a favore della realità di tal peso, si

---

(1) Merlin, *Questions de droit,* alla parola *Commune,* § VII. E il t. VI dei miei *Principii,* n. 85.

(2) Sentenza di Cassazione dell'11 luglio 1839. È la stessa della sentenza di Douai del 18 marzo 1842 (Dalloz, alla parola *Propriété,* n. 419).

(3) Sentenza del tribunale di Gand del 13 agosto 1860. Prodotto appello, la causa è stata transatta (*Belgique judiciaire,* t. XXIII, p. 884).

è perchè era stato stipulato a vantaggio d'una piazza pubblica e non nell'interesse di una persona; in questo senso partecipava del carattere delle servitù.

222. In un atto di vendita è stipulato « che le costruzioni le quali saranno elevate sui terreni che i venditori possiedono ancora dovranno essere ad uso di abitazioni borghesi, fatte e disposte come tali ». La Corte di Lione decise che questa stipulazione costituiva una servitù; la sentenza l'assimila alla servitù di non costruire (1). Non si potrebbe obbiettare che anche in questo caso vi è obbligazione di fare, e perciò esula il carattere della servitù? No, vi è una differenza tra questa e la specie da noi prima esaminata (n. 221). In quella gli acquirenti erano obbligati a costruire, dunque a fare. Al contrario, nella controversia risoluta dalla Corte di Lione, i venditori non erano tenuti a costruire; ma se costruivano, dovevano elevare delle case borghesi; era dunque loro interdetto di costruire case operaie; in questo senso l'onere loro imposto consisteva nel non fare, dunque vi era servitù. Si faceva un'altra obbiezione, pretendendosi che l'obbligazione di non costruire che case borghesi fosse un diritto di credito e quindi un'obbligazione personale imposta ai venditori, e se ne concludeva che l'onere, non essendo reale, non si trasmetteva ai successori. La Corte di Lione risponde che i termini della convenzione erano assoluti; ne risultava che l'onere era imposto a qualunque possessore del fondo, dunque costituiva una servitù. È vero che la convenzione aggiungeva che una volta costruite le case, la stipulazione sarebbe considerata come compiuta, non intendendo le parti creare una *servitù perpetua*. Ma questa clausola non provava che una cosa, cioè che la servitù in luogo di essere perpetua, era temporanea.

223. L'obbligazione di soffrire l'inconveniente del fumo emesso dai camini del vicino è una servitù? Noi abbiamo detto altrove (2) che quest'obbligazione è una di quelle che nascono dal vicinato, e quindi di diritto comune; la condizione naturale della proprietà vuole che essa sia limitata dall'egual diritto degli altri proprietarii. Tuttavia questi oneri che scaturiscono dal vicinato hanno il loro limite. Essi si giustificano con la considerazione che se il proprietario soffre un incomodo ha, da sua parte, la facoltà di imporre l'onere stesso al suo vicino. Tale eguaglianza è turbata quando uno dei vicini fa uso immoderato del suo diritto, o se eleva una di quelle immense fabbriche che diffondono un fumo nocivo al vicinato. In questi casi, l'emissione del fumo assume i caratteri d'una vera servitù. Ciò significa che il proprietario non può, a mezzo dei proprii camini, diffondere una quantità straordinaria di fumo, se non

---

(1) Lione, 10 dicembre 1868 (DALLOZ, 1869, 2, 71).
(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 146.

quando ne ha acquisito il diritto per titolo. In tal senso ebbe a decidere la Corte di Mez (1). Diciamo che sarebbe necessario un titolo; infatti la servitù è discontinua, perchè per l'emissione del fumo è necessario ogni giorno il fatto dell'uomo. Nella specie decisa dalla Corte di Metz, la servitù era stata acquisita sotto l'impero dell'antico diritto; essa costituiva dunque un diritto acquisito all'epoca della pubblicazione del codice civile.

224. Il diritto di scavare il suolo, per ricercarvi una miniera, costituisce una servitù? Quando questo diritto è stipulato a vantaggio d'una miniera, non vi è alcun dubbio, poichè in questo caso vi è un onere stabilito sopra un fondo a vantaggio di un altro fondo. Ma che bisogna decidere se vi è una semplice concessione di miniere fatta ad un terzo non proprietario dei fondi che debbono essere esercitati? Ov'è allora il fondo dominante? E se non vi è fondo per la cui utilità l'onere è stipulato, può esservi servitù? La questione è stata decisa affermativamente dalla Corte di cassazione del Belgio. Noi abbiamo detto altrove che le miniere formano una proprietà particolare, distinta dalla superficie del suolo nel quale son contenute. Il governo ha diritto di concedere a persona diversa dal proprietario l'esercizio della miniera e la facoltà di fare delle ricerche nei terreni vicini. Questo diritto di ricerca è un onere che grava un fondo nell'interesse dell'esercizio dato in concessione; ora, la concessione di una miniera è un diritto immobiliare, vi è dunque un fondo dominante ed un fondo serviente. Se non vi fosse concessione, ma un semplice diritto di fare degli scavi per giungere alla scoverta della miniera, vi sarebbe ancora servitù? La sentenza è concepita in questo senso; essa suppone che la concessione non sia ancor data (2). Ci sembra che qui vi sia un manifesto errore, poichè non vi ha più fondo dominante. Significa ciò che l'onere non sia reale? Esso è tale per la sua stessa natura; poichè obbietto della concessione è il diritto di ricercare la miniera nei fondi, astrazion fatta dai possessori; ciò basta perchè vi sia diritto reale, ma non ogni diritto reale costituisce una servitù.

§ II. — *Del modo di esercitare le servitù.*

N. 1. — Del titolo.

I. — Principio d'interpretazione.

225. A termini dell'articolo 686, il titolo che costituisce le servitù stabilite pel fatto dell'uomo ne regola l'esercizio e l'estensione. Infatti, il titolo forma la legge delle parti, quando ha

---

(1) Metz, 29 marzo 1854 (Dalloz, 1855, 2, 26).
(2) Sentenza di rigetto del 19 maggio 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 386).

radice in una convenzione (art. 1134); e se si tratta di un legato, sorge ugualmente una specie di contratto per opera dell'accettazione fattane dal legatario. Non vi è alcun dubbio quanto al principio; ma qual regola d'interpretazione si dovrà seguire? Ecco il punto capitale della questione. Toullier risponde, seguendo Domat: « Siccome le servitù derogano alla libertà naturale, si debbono circoscrivere a ciò che si trova precisamente necessario pel bisogno dei fondi cui sono dovute ed occorre che sia reso meno gravoso che sia possibile l'incomodo che esse arrecano » (1). Ciò è troppo assoluto: la formola ha certamente oltrepassato il pensiero del suo autore. Dumoulin espone una massima la quale, in apparenza, è affatto contraria a quella di Toullier. Questi conclude col dire che, nei casi di dubbio, bisognerà pronunziarsi in favore del fondo serviente, mentre Dumoulin afferma che, nel dubbio, la servitù non deve presumersi limitata (2). Di tal guisa l'uno restringe la servitù, l'altro no. Quale, fra le due regole dovrà essere osservata? Ci sembra che la legge non stabilendo alcun principio speciale per quanto concerne l'interpretazione dei titoli costitutivi di servitù, bisogna attenersi ai principii generali scritti nel codice, al titolo delle *Obbligazioni,* circa l'interpretazione delle convenzioni. Ora, noi leggiamo nell'articolo 1156 che, nelle convenzioni, si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti. É questa una regola fondamentale che non riceve eccezioni, poichè la volontà delle parti tien sempre luogo di legge per loro. Quando adunque il proprietario di un fondo lo ha gravato di servitù in termini illimitati, non vi è alcun dubbio sulla volontà delle parti. Con qual diritto si verrebbe a restringere l'onere secondo i bisogni del fondo dominante? Ciò sarebbe disfare quanto le parti hanno voluto porre in essere, il che eccede il potere del giudice.

Interroghiamo la giurisprudenza. Nell'atto col quale il proprietario di due case vende una di esse, è stipulato che il muro di cinta situato di fronte alla casa venduta, e di cui il venditore conserva la proprietà esclusiva, non potrà oltrepassare una determinata altezza. Questi termini sembrano stabilire una servitù *altius non tollendi* a vantaggio della casa venduta. Fu tuttavia giudicato che la clausola costituiva una servitù di *prospetto;* e, come d'abitudine, la Corte di cassazione rigettò il ricorso, perchè la sentenza impugnata non aveva fatto che interpretare la convenzione fondandosi sull'intenzione delle parti contraenti. La Corte suprema soggiunge che i titoli costitutivi delle servitù debbono, come tutte le convenzioni, essere interpretate secondo l'intenzione delle parti piuttosto che se-

(1) TOULLIER, t. II, p. 303, n. 654. DOMAT, lib. I, t. XII, sez. I, n. 9.
(2) DUMOULIN, *De dividuo et individuo,* pars III, n. 83.

condo il senso letterale delle parole (1). Ma la Corte di Nîmes non aveva forse sorpassata la volontà delle parti col dare alle loro intenzioni una interpretazione estensiva? È certo che la servitù *altius non tollendi* è meno estesa e meno onerosa della servitù di *prospetto*. Per vedere quale fosse realmente l'intenzione delle parti contraenti, bisogna consultare la sentenza di prima istanza i cui motivi vennero adottati dalla Corte d'appello. La servitù *altius non tollendi* altro obbietto non ha che di procurare l'aria e la luce al fondo dominante; ora, nella specie, la casa venduta si trovava a tale distanza dal muro, che l'elevazione di questo non avrebbe potuto impedire all'aria e alla luce di penetrarvi. Ciò prova che i termini di cui le parti s'erano serviti non esprimevano la loro intenzione: esse avevano voluto rendere l'aspetto della casa venduta più piacevole e più utile; dunque volevano costituire una servitù di *prospetto*, mentre le parole usate costituivano una servitù *altius non tollendi*; era il caso di applicare l'ultima parte dell'articolo 1156, il quale insegna doversi consultare l'intenzione delle parti anzichè attenersi al significato letterale delle parole.

226. Vi sono atti che per loro natura debbono ricevere una interpretazione favorevole a quegli nel cui interesse vengono compiuti, cioè le donazioni. Se dunque una servitù è costituita per donazione, deve essere interpretata in favore del donatario, sebbene abbia la proprietà del fondo dominante. Ciò vuol dire che la interpretazione sarà estensiva, perchè tale è certamente l'intenzione di colui che costituisce la servitù. I genitori fanno una donazione alla propria figliuola in vista delle nozze che essa sta per contrarre. La donazione cade sopra una porzione di terreno coltivata a prato. Fu stipulato nell'atto che i donatarii avrebbero un diritto di passaggio « con carro o altrimenti » attraverso il cortile della casa occupata dai donanti. I donatarii costruirono una casa sul fondo donato. Donde la questione di sapere se il passaggio, stabilito allorchè il fondo dominante era una prateria, potesse esercitarsi a profitto della casa. Trovava luogo l'applicazione della regola d'interpretazione stabilita da Dumoulin. La servitù di passaggio era costituita in termini generali; essa non era limitata al prato, ma concessa a vantaggio del fondo donato; la si doveva quindi considerare come illimitata. Tanto più dovevasi interpretarla in questo senso, dice la Corte di Bruxelles, in quanto che la servitù era stabilita in un atto di donazione, vale a dire in un atto che deve sempre interpretarsi in senso favorevole ai donatarii. Nella specie, non vi era dubbio, poichè la prateria era stata donata ai futuri conjugi in vista della costruzione di una casa, e la relativa fabbrica era già iniziata al momento in cui si erigeva l'atto di

(1) Sentenza di rigetto del 5 novembre 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 391).

donazione. Da ultimo, e ciò era affatto decisivo, la servitù era stata praticata a vantaggio dei donatarii per tutto il tempo che i donanti erano rimasti in vita; l'esecuzione dell'atto od il possesso serviva d'interpretazione alla volontà delle parti (1).

227. In una sentenza della Corte di cassazione trovasi un principio che sembra contrario alla regola d'interpretazione da noi stabilita secondo la giurisprudenza; ivi è detto che in materia di servitù tutto è di diritto stretto (2). Noi abbiamo detto altrove in qual senso bisogna intendere questa massima che la Corte ha formulata in termini troppo assoluti (3). In realtà non è che l'applicazione di una regola stabilita dal codice, nella sezione che tratta della interpretazione delle convenzioni. L'articolo 1162 prescrive che « nel dubbio, la convenzione s'interpreta contro colui che ha stipulato ed in favore di colui che ha contratto l'obbligazione ». Ora, anche in materia di servitù vi ha un debitore ed un creditore; il fondo serviente è chiamato dal codice il fondo debitore della servitù; creditore sarà quindi il fondo dominante. Se vi è dubbio, bisogna interpretarlo in favore della libertà. In questo senso, la servitù che deroga alla libertà è di diritto stretto, il che non vuol dire che si debba guardarla con sfavore e restringerla come cosa odiosa siccome dice un vecchio adagio: *odia restringenda*. Come noi abbiamo dimostrato altrove, lungi dall'essere odiose, le servitù sono all'opposto guardate con occhio di favore; se esse diminuiscono la libertà di uno dei fondi, aumentano i vantaggi e per conseguenza il valore dell'altro. In conclusione, non vi sono regole speciali per l'interpretazione delle servitù, ma esse debbono interpretarsi alla stregua dei principii generali.

II. — Applicazioni.

228. Abbiamo detto che in caso di dubbio bisogna pronunziarsi in favore del fondo che deve la servitù, vale a dire per la libertà e contro l'asservimento. Quando esiste il dubbio? Esso può versare sull'esistenza medesima della servitù. Supponiamo che si invochi un titolo; occorre d'interpretarlo. Ora, il titolo include una dichiarazione espressa di volontà: la costituzione delle servitù non si presume. La legge ammette, è vero, un titolo tacito, la destinazione del padre di famiglia; ma, in questo caso, essa richiede condizioni speciali come garanzia della volontà delle parti interessate. Quando dunque colui che

---

(1) Bruxelles, 4 dicembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 118). Confronta PARDESSUS, t. II, p. 62, n. 270.

(2) Sentenza di Cassazione del 16 maggio 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1161, 1.°).

(3) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 175.

reclama una servitù produce un titolo, è necessario che questo contenga un'obbligazione del proprietario del fondo serviente. Se vi è dubbio sul punto di conoscere se la servitù esiste, non vi sarà servitù. Ciò è in armonia con i principii generali. La servitù è un'alienazione parziale del fondo; ed un'alienazione non si presume.

Il caso si è presentato in circostanze sfavorevolissime a colui che reclamava la servitù. Un commerciante si associa con un intraprenditore per la costruzione di una casa a più piani. Il primo fa tutte le trattative per la vendita dei diversi piani; egli possedeva un terreno vicino sul quale si proponeva bensì di costruire, ma annunziava ad alta voce che egli non vi avrebbe edificato che dei magazzini ed un ammezzato. Il commerciante non mantenne questa specie di promessa, ma eseguì delle costruzioni che toglievano la luce ai piani venduti. Gli acquirenti domandarono la distruzione delle opere ed il risarcimento del danno. Fu giudicato che, non avendo il commerciante contratta alcuna obbligazione di non costruire, ovvero di non costruire che sino ad una determinata altezza, non vi era servitù. La sentenza constata inoltre la mancanza assoluta del dolo: il commerciante aveva realmente l'intenzione che ebbe a manifestare, di non costruire; soltanto egli mutò poscia parere come ne aveva diritto. Avendo usato del suo diritto, non poteva essere tenuto ai danni-interessi. La sentenza della Corte di Bastia che lo condannò al risarcimento del danno venne cassata (1).

In un'altra specie è stato ugualmente deciso che non vi era servitù. Un terzo assiste alla vendita di un fondo che possedeva, senza titolo, delle luci che affacciavano sulla sua proprietà contigua. Il compratore sostiene che, per effetto di tale presenza, il vicino ha tacitamente consentito che le luci fossero conservate a titolo di servitù. Questa pretesa fu respinta. Invano s'invocava l'adagio che il silenzio implica consenso. Ciò è, certamente, quando il silenzio sia serbato mentre si doveva parlare: in tal caso si presume che chi tace confermi. Ma, nella specie, il vicino non era tenuto a spiegarsi sulle luci di sofferenza da lui tollerate fino a quel punto, poichè le convenzioni non facevano parola della servitù. Quanto alla sua presenza all'atto, essa aveva la sua ragion d'essere, poichè egli interveniva per regolare diritti di comunione e di godimento, ed in questo regolamento non era questione delle luci in parola. Non vi era dunque alcuna ragione di dubbio; e se la presenza del vicino all'atto avea fatto nascere qualche difficoltà, si sarebbe dovuto pur sempre decidere che, nel dubbio, non esiste servitù (2).

229. Ciò non significa che siano necessari termini espressi

(1) Sentenza di Cassazione del 31 luglio 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 390).
(2) Lyon, 9 marzo 1842 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 901).

e sacramentali. Il diritto moderno ignora queste esigenze che favoriscono più lo spirito di cavillo che la buona fede. È ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza che il giudice può porre a confronto e combinare fra loro le clausole di un medesimo contratto o di più atti diversi, provenienti sia da colui dal quale si pretende che il fondo è gravato, sia dai suoi autori, e riconoscere in conseguenza che una servitù è dovuta ad un fondo (1). In un atto si dice che un muro sarà demolito sino ad una determinata altezza; non una parola relativamente alla servitù. Colui che l'ha demolito lo rialza e pretende di non essere soggetto alla servitù *altius non tollendi,* affermando altresì che non potrebbe esservi servitù fondata sopra un titolo senza una obbligazione formale del proprietario del fondo che si vuole vincolato dall'asservimento. La Corte di Bruxelles respinse questi cavilli infondati. La convenzione potrebbe mai aver alcun significato ove venisse interpretata in tal modo? Come? io pago cinquecento franchi per un piccolo spazio di terreno che non ne vale cento, e stipulo che il muro che mi toglie l'aria e la luce dovrà essere abbassato: e mi si verrà poi a dire che non ho diritto a nessuna servitù, perchè la parola non si trova nell'atto? Il venditore dirà: « Io ho demolito il muro, è tutto quello che mi sono obbligato a fare, ma non mi sono obbligato a non rialzarlo ». Una simile pretesa non sarebbe degna se non di quei tempi in cui una virgola omessa faceva perdere una causa! L'intenzione delle parti non era dubbia: epperò la Corte decise che vi fosse servitù *altius non tollendi* a favore dell'acquirente (2).

Vi è una sentenza analoga della Corte di cassazione di Francia pronunziata in una specie che presentava qualche dubbio. Aggiudicandosi due case contigue che avevano appartenuto al medesimo proprietario, una clausola impose taluni oneri da subirsi sino alla ricostituzione dell'antico muro comune. In un atto posteriore è stipulato che il muro sarà ricostruito a spese comuni sulle antiche fondamenta. Ecco tutto ciò che contenevano gli atti. Non vi si diceva alcuna parola di servitù. Nondimeno fu deciso risultare dalle circostanze che le parti avevano reciprocamente gravato di una servitù *altius non tollendi* il muro divisorio delle loro proprietà. Quali erano queste circostanze? I cortili delle due case erano così angusti che un muro di una certa altezza avrebbe privato le case stesse d'aria e di luce; la servitù di non elevare il muro era dunque imposta dalla necessità delle cose. Ciò tuttavia non basta per creare una servitù *altius non tollendi,* poichè la legge non riconosce che una sola servitù di necessità, cioè il passaggio in caso d'interchiusura.

(1) PARDESSUS, t. II, p. 48, n. 268. Sentenza di rigetto del 22 febbraio 1829 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 983).
(2) Bruxelles, 2 febbraio 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 76).

La sentenza si fonda ancora sulle convenzioni intervenute fra le parti; convenendo la ricostruzione del muro, esse stipularono che le antiche fondamenta sarebbero conservate, il che implicava che il muro avrebbe mantenute le sue antiche ristrettissime dimensioni; la qualità dei materiali menava alla medesima conseguenza. Rimaneva un motivo di dubbio, il quale, in diritto ci fa propendere per l'opinione contraria. Era detto nell'ultimo atto che « quello dei due proprietarii che avesse bisogno di un'altezza maggiore di muro ne farebbe la elevazione a sue spese ». Ciò equivaleva ad autorizzare l'elevazione; or come si sarebbe potuto conciliare la facoltà d'innalzare colla servitù che consiste nel non costruire ad un'altezza maggiore? La Corte di Parigi decise risultare dai documenti della causa che le parti non avevano avuto di mira che una elevazione appena sensibile. E difficile contestare un apprezzamento di fatto. La Corte di cassazione pronunziò una sentenza di rigetto, come fa sempre quando i giudici si sono limitati a constatare l'intenzione delle parti contraenti (1).

230. Il dubbio talvolta si presenta sotto altro aspetto. Un solo e medesimo diritto può essere stipulato sia a titolo di servitù, sia a titolo di credito, secondo che le parti hanno in vista la utilità d'un fondo o il vantaggio d'una persona. Siccome l'articolo 686 proibisce di costituire le servitù a vantaggio d'una persona, importa molto di conoscere se, nella intenzione delle parti, un diritto è stipulato a vantaggio di coloro che interloquiscono nell'atto, ovvero se è stipulato a vantaggio dei loro fondi. Il fondo non stipula; è il proprietario che lo fa a nome di esso: ma quando parla egli a nome del fondo? Quando in nome suo proprio? Ciò è spesso assai dubbio. A rigor di principio, è l'intenzione che decide, ma la difficoltà è precisamente di discernere qual sia l'intenzione che muove il proprietario. In una convenzione è scritto che un diritto di uso o di pascolo è stabilito per lo stipulante e *per i suoi*. Bisogna limitare questa espressione ai discendenti di colui che ha stabilito il diritto? Se fosse vero che ogni servitù deve essere interpretata restrittivamente, la decisione non potrebbe esser che questa. Tuttavia è stato giudicato che questa convenzione costituiva un diritto reale inerente alla proprietà dello stipulante; che l'espressione *i suoi* comprende tutti coloro che succederanno al proprietario attuale (2). Tale non è certamente il significato naturale dei termini adoperati dalle parti. L'interpretazione della Corte è dunque estensiva. Ci sembra tuttavia che essa abbia rettamente giudicato. Siccome il nostro diritto non riconosce alcuna servitù personale, qualunque servitù è per ciò appunto perpetua. Quando

(1) Sentenza di rigetto del 26 gennaio 1858 (Dalloz, 1858, 1, 393).
(2) Bourges, 3 gennaio 1829 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1002, 5.°).

dunque per sua natura un diritto costituisce una servitù, si deve supporre che l'intenzione delle parti sia quella di stabilire un diritto perpetuo, dunque una servitù reale. Sarebbe necessaria una manifestazione di volontà ben chiara, ben formale perchè si potesse ammettere che un diritto, il quale per sua natura è una servitù, non costituisca che un credito inerente alla persona dello stipulante. L'interpretazione che ammette una servitù non è dunque una interpretazione estensiva, essa non è che l'espressione della volontà delle parti contraenti.

La Corte di cassazione ha ancor sentenziato che un diritto di passaggio stipulato dal proprietario di un fondo per sè, i suoi ed aventi causa, è una servitù di passaggio stabilita in termini generali, e per conseguenza illimitata, come dice Dumoulin. Nella specie, non poteva esservi dubbio sull'esistenza medesima della servitù, le parole *aventi causa* comprendendo tutti i successori, tanto quelli che succedono a titolo particolare quanto i successori a titolo universale. Per la medesima ragione, la servitù era illimitata; essa poteva esercitarsi da tutti coloro che il proprietario del fondo dominante volesse introdurre nel suo fondo; tutti erano dunque suoi aventi causa, ancorchè facesse della sua casa un luogo pubblico, stabilendovi un tiro al bersaglio (1).

Un caso analogo, ma più dubbio, si è presentato innanzi alla Corte di Grenoble. La vendita comprendeva un pezzo di terra in cui trovavasi un pozzo ed una pompa; il venditore conservava un'abitazione e le sue pertinenze. Era detto nell'atto che « il venditore avrebbe diritto, per l'*avvenire ed in perpetuo, per sè, per la sua famiglia e per i suoi discendenti*, all'acqua del detto pozzo ». Stipulando il diritto di attingere acqua per *sè*, la sua *famiglia* ed i suoi *discendenti*, sembrava che il debitore stipulasse piuttosto un diritto di credito che una servitù. Ma la redazione rispondeva bene al pensiero delle parti? Il diritto di attingere acqua è per sè stesso una servitù; e quando questo diritto è stipulato a vantaggio degli abitanti d'una casa non è forse nell'interesse della casa e di tutti quelli che l'abiteranno? Le parole *in perpetuo* indicano un diritto che non è inerente alla persona, poichè non può mai venir meno, mentre le famiglie si estinguono. Ciò che confermava questa interpretazione, è che l'abitazione del venditore, situata sopra una elevazione del suolo, si trovava molte centinaia di metri lontana da qualunque altro pozzo; il pozzo era dunque una necessità per l'abitazione; senza l'uso di quello, la casa perdeva del suo valore venale e locativo. Come si vede, l'intenzione delle parti oltrepassava i termini del contratto; esse volevano creare una servitù, mentre l'atto sembrava invece stabilire soltanto un diritto di credito. La Corte

(1) Sentenza di rigetto dell'8 novembre 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude* n 1003).

di Grenoble si attenne all'intenzione di preferenza che alle parole dell'atto, e si pronunziò per l'esistenza della servitù (1).

231. Quando è ben certo che il titolo costituisca una servitù, si presentano nuove difficoltà sull'estensione del diritto: esse debbono sempre venir risolute secondo l'intenzione delle parti. Talvolta però le Corti pongono in oblio questo principio. In un atto di divisione era detto che il primo ed il secondo lotto avrebbero dovuto concedere un passaggio agli altri *per andare* in un luogo determinato. La parola *andare* si adopera per le persone, il che sembrava escludere gli animali ed i veicoli. Ci sembra che, per interpretare un atto di divisione, bisogna aver riguardo al modo in cui il passaggio si effettuava prima che i beni fossero divisi: si passava a piedi? o si passava con vetture e con animali? È pur necessario di esaminare la natura dei fondi a favore dei quali vien riservato il diritto. Nella specie si trattava di un fondo rustico, poichè la sentenza constata che vi era una stalla, e quindi degli animali. L'intenzione delle parti doveva essere ricercata in queste circostanze piuttosto che nei termini dell'atto: gli atti si redigono spesso così male, e l'atto su cui cadeva la controversia datava fino dal 1706! La Corte di Liegi si pronunziò per la interpretazione restrittiva, dovendo il dubbio profittare alla libertà del fondo (2).

Il medesimo dubbio si è presentato in una specie decisa dalla Corte di Gand. Un atto di vendita costituiva una servitù di passaggio per animali e persone. Venne giudicato trattarsi di un passaggio in favore del pascolo. Tuttavia l'atto soggiungeva: *ed in qualunque altra maniera*. La Corte decise che questa clausola doveva intendersi del diritto accessorio di passare con carri e cavalli per la necessità del pascolo. Ciò ci sembra assai dubbio. Anzitutto l'atto non parlava di pascolo. Di più, colle parole: *ed in qualunque altra maniera*, non costituiva l'atto una servitù generale di passaggio? La sentenza d'altronde non riferisce circostanze particolari che giustifichino l'interpretazione restrittiva da essa consacrata (3). Non era il caso di dire che la servitù di passaggio era illimitata sol perchè le parti non l'avevano limitata espressamente ai bisogni del pascolo?

232. Vi è nella giurisprudenza una tendenza a restringere l'estensione delle servitù. Senza dubbio la libertà dei fondi merita favore, ma ugual riguardo è pur dovuto ai diritti delle parti contraenti. Si legge in una scrittura: « pel vantaggio delle loro proprietà rispettive, due proprietarii costituiscono sui loro immobili la servitù seguente: a dritta ed a sinistra del muro di separazione dei due fondi, non potrà essere elevato alcun

---

(1) Grenoble, 8 luglio 1867 (DALLOZ, 1867, 2, 246).
(2) Liegi, 15 giugno 1837 (*Pasicrisie*, 1837, 2, 137).
(3) Gand, 3 gennaio 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 370).

edifizio, nè alcuna costruzione, *qualunque ne sia l'altezza e la destinazione* ». L'atto determina in seguito la zona in cui questo divieto è stabilito. Non ostante i termini generali di cui le parti si erano serviti, la Corte di Parigi giudicò che la servitù aveva solamente per scopo di dare l'aria e la luce alle costruzioni fatte e *da farsi* al di là della zona proibita; in conseguenza essa conservò delle mura elevate nella zona proibita, ma ad un'altezza inferiore a quella del muro di separazione. La sentenza non porge alcun motivo di questa interpretazione restrittiva. Essa fu confermata dalla Corte di cassazione; ma in questa materia le sentenze di rigetto hanno ben poca autorità, poichè si limitano a decidere che la Corte di appello è rimasta nei limiti del suo diritto d'interpretazione (1). Noi dubitiamo assai che Dumoulin avesse approvata la decisione della Corte di Parigi. La servitù era costituita in termini illimitati, era dunque illimitata; così avevano voluto le parti; la sentenza non riferisce alcun fatto da cui si possa indurre una volontà contraria. Non era forse ciò affatto decisivo?

233. La servitù di scolo delle acque domestiche, e più ancora quella delle orine, è molto onerosa, e non può per conseguenza essere ammessa se non quando è ben certa la volontà delle parti. Un antico titolo dice che il fondo serviente è tenuto a ricevere *le acque delle grondaie* e quelle che provenissero da *un cortile vicino*. Per *acque delle grondaie* s'intendono le acque piovane; questo punto non è dubbio. Vi è qualche dubbio sulla portata dell'altra espressione: *con quelle che provenissero da un piccolo cortile;* vi si debbono comprendere le acque domestiche e le orine? La Corte di Parigi ha decisa negativamente la questione, e ci sembra abbia giudicato assai rettamente. Invero, la seconda clausola si annoda alla prima; ora, non comprendendo questa le acque domestiche nè le orine, non si può ammettere che la prima le comprenda; il senso naturale è piuttosto il seguente: le acque piovane che provenissero dal tetto e dal cortile (2).

234. Vi sono sentenze che consacrano il principio di Dumoulin. Quando una servitù di passaggio è costituita in termini generali, è per lo stesso motivo illimitata, e serve per conseguenza per tutti gli usi cui il fondo dominante è destinato (3). L'atto costitutivo porta che una servitù di passaggio e di uso (4) è costituita in perpetuo; esso soggiunge che il proprietario del fondo dominante avrà diritto di usare della strada in tutta la sua integrità, di giorno come di notte, passandovi con carri od in qualunque altro modo. È difficile essere più espliciti. Si contestò

(1) Sentenza di rigetto del 9 agosto 1853 (Dalloz, 1854, 1, 82).
(2) Parigi, 14 marzo 1836 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 79, 3.°).
(3) Caen, 8 gennaio 1820 (citata da Demolombe, t. XII, p. 449, n. 926).
(4) Sono questi i termini fiamminghi: « *Servituet en gebruik* ».

tuttavia l'estensione della servitù. Al momento della costruzione, il fondo dominante era un *giardino*, più tardi vi si costruì un'*officina;* non si oltrepassava forse la intenzione delle parti estendendo ai molteplici trasporti che necessita l'esercizio di un'officina, una servitù che era stata costituita per i bisogni di un giardino? Vi era qualche dubbio. La Corte di Gand si è pronunciata per la più ampia interpretazione, poichè la servitù era costituita in termini illimitati, senza alcuna restrizione ai bisogni attuali del fondo dominante (1). É questa l'applicazione del principio di Dumoulin.

La Corte di Caen ha applicato il medesimo principio alla servitù di veduta. In un atto di divisione è detto « che tutti i muri di confine saranno comuni tra le quote, e che i condividenti saranno liberi di fare delle vedute in quei muri che non saranno considerati comuni ». I termini si applicavano evidentemente tanto ai muri da costruirsi quanto a quelli già esistenti ed è altresì certo che il diritto di veduta era stipulato in modo affatto illimitato. Non vi era dubbio che sopra un punto: il proprietario del fondo dominante non aveva aperto che due finestre; aveva egli perduto dopo trent'anni il diritto di aprirne altre? Avremo occasione di ritornare sulla questione (2).

N. 2. — Destinazione del padre di famiglia.

235. Quando la servitù è costituita per destinazione del padre di famiglia, s'intende da sè che questa medesima destinazione dev'essere consultata per determinare l'estensione della servitù. L'art. 692 dice che la destinazione equivale a titolo. Se ne dovrà concludere che sarà da seguirsi per la destinazione lo stesso principio che pel titolo? Vi è una differenza; il titolo dà a conoscere la volontà espressa delle parti, e questa volontà fa legge; esse possono costituire la servitù nei termini più assoluti; in questo caso, il diritto sarà illimitato. La destinazione, al contrario, riposa sulla volontà tacita delle parti; questa volontà è necessariamente limitata allo stato delle cose esistenti all'epoca della separazione dei fondi; è questo preciso stato che dev'essere conservato. Donde segue che la servitù è limitata all'uso cui il padre di famiglia aveva destinato uno dei fondi: se ha stabilito una finestra, sarà conservata a titolo di servitù, ma non se ne potrà aprire una seconda, poichè le parti non vogliono conservare se non ciò che già esiste. Ecco tutto quanto può indursi dal loro silenzio; andando oltre, si corre pericolo di oltrepassare la loro intenzione (3). Poichè il principio d'in-

(1) Gand, 31 dicembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 107).
(2) Caen, 1.° marzo 1839 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 775).
(3) Demante, *Cours analytique*, t. II, n. 553, p. 649..

terpretazione differisce secondo che si tratta di destinazione o di titolo è poco giuridico invocare la destinazione allorchè vi è un titolo; può mai la volontà tacita illuminare il giudice sulla volontà espressa? Questa confusione si trova in una sentenza della Corte di Lione, confermata dalla Corte di cassazione (1).

N. 3. — Del possesso.

236. Vi sono servitù che si costituiscono col possesso di trent'anni. Essendo il possesso il titolo su cui riposa la servitù, è desso naturalmente che ne determina l'estensione. L'interpretazione, in questo caso, è essenzialmente restrittiva; tale è il significato dell'antico adagio: *tantum praescriptum, quantum possessum*. È fuori di dubbio che se io posseggo due finestre, non posso aprirne una terza. Ma questo diritto che io ho acquisito con la prescrizione si limita alla conservazione delle due finestre? ovvero ho acquisito un diritto di veduta? e questa servitù importa l'onere pel proprietario di non elevare costruzioni che nuocciano al mio diritto? Noi abbiamo esaminata innanzi questa difficile questione. Anche ammettendo la dottrina consacrata dalla giurisprudenza francese, rimangono delle difficoltà nell'applicazione del principio.

Una finestra è aperta in un muro che trovasi a distanza dal fondo vicino minore di quella legale che è di 19 decimetri. Ne risulta una servitù di veduta? Sì, ove si supponga che sia una finestra a prospetto, come dice l'art. 678. Infatti, il proprietario non aveva diritto di praticare questa finestra; se lo fa, la finestra sarà stabilita non a titolo di proprietà, ma a titolo di servitù. Quale estensione avrà una simile servitù? Noi abbiamo detto trattarsi di una servitù di veduta, la quale porta seco quella di non costruire. Sarà lo stesso se la finestra affaccia sul muro di cinta del fondo vicino? La questione è controversa. È difficile negare che vi sia una servitù, poichè l'art. 678 dice formalmente che non si possono avere vedute dirette o finestre a prospetto sul fondo *chiuso* o non chiuso del vicino, se non vi sono 19 decimetri di distanza tra il muro in cui si praticano ed il detto fondo. Dunque la finestra anche quando affaccia sopra un muro di cinta, è una servitù. È questa l'opinione che noi abbiamo insegnata (n. 44), ma non porge la soluzione di un'altra difficoltà. Se durante trent'anni la finestra ha affacciato sopra un muro di cinta, non si può dire che il proprietario della casa abbia goduto di un diritto di veduta sul fondo del suo vicino; egli ha avuto un diritto di veduta sopra un muro di cinta, e non

(1) Sentenza di rigetto del 26 luglio 1831 (Dalloz, alla parola *Servitude*, numero 777, 1.°).

ha prescritto che quanto ha posseduto: questo medesimo diritto di veduta limitato, non potrà dunque, dopo trent'anni, reclamare una veduta più estesa ed opporsi a che il proprietario del fondo serviente innalzi il muro, beninteso se l'elevazione non rende più incomodo l'esercizio della servitù limitata che appartiene al proprietario del fondo dominante. In questi termini ha deciso la Corte di cassazione. Essa osserva assai giustamente che il proprietario della casa non ha posseduto che una *finestra ostruita* dal muro del vicino; egli non ha dunque prescritto che una *finestra ostruita*. Donde segue che non ne può risultare pel vicino l'onere di non costruire, o di non elevare il muro di cinta; quest'onere è la conseguenza di una veduta diretta o a prospetto, che nella specie non esisteva. Si rimane dunque nei termini del diritto comune; il proprietario della casa conserverà le finestre che ha aperto, e il vicino non potrà nulla fare che diminuisca l'uso di questo diritto (art. 701) (1).

237. Il possesso serve altresì a spiegare l'estensione della servitù costituita per titolo, anche quando la servitù fosse discontinua. In questo caso, non s'invoca il possesso quale fondamento della servitù, sibbene per determinare l'estensione che essa deve avere. Quest'estensione dipende dalla volontà delle parti; ora, l'esecuzione che esse danno alle loro convenzioni è la interpretazione più sicura di ciò che hanno voluto (2). I fatti di possesso possono essere constatati con la prova testimoniale, anche quando la servitù fosse discontinua; poichè il possesso non è invocato per costituire la servitù; vi è un titolo, si tratta solamente di conoscere come le parti l'hanno interpretato esercitando la servitù e sopportando questo esercizio (3).

Diversa è la questione di sapere se il possesso può oltrepassare il titolo, attribuendo al proprietario del fondo dominante diritti che il titolo non gli dava. S'intende da sè che se si tratti d'una servitù discontinua, la quale non può acquistarsi col possesso, questa nulla può aggiungere al titolo. Se la servitù è continua ed apparente, il possesso può estendere il titolo. Invero, senz'alcun titolo, la servitù può acquistarsi colla prescrizione; dunque il titolo non può fare ostacolo all'acquisto di un nuovo diritto. Colui al quale il titolo attribuisce il diritto di praticare due finestre ne apre tre; le possiede durante trent'anni. Avrà egli acquistato con la prescrizione il diritto di avere tre finestre? L'affermativa non è dubbia. Talvolta si obbietta che non si può prescrivere contro il proprio titolo. L'art. 2240 lo dice, ma spiega altresì come bisogna intendere questa regola:

---

(1) Sentenza di rigetto del 6 febbraio 1867 (Dalloz, 1867, 1, 257).

(2) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione di Bruxelles del 25 gennaio 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 1, 178). Sentenza di rigetto della Corte di cassazione di Francia del 29 febbraio 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1114). Bruxelles, 4 dicembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 118), e retro n. 226.

(3) Gand, 8 marzo 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 224).

« Nel senso, dice la legge, che non si può mutare, riguardo a sè medesimo, la causa ed il principio del proprio possesso ». Combinando l'art. 2240 coi precedenti, si vede che si tratta d'un possesso precario, il quale non può servire di base alla prescrizione; può essere immutato, ma il possessore da solo non può intervertirlo. La massima che proibisce di prescrivere contro il proprio titolo è dunque affatto estranea alla nostra questione. Colui che possiede per trent'anni tre finestre potrebbe prescriverle tutte e tre senza alcun titolo; a più forte ragione può prescrivere la terza: egli non prescrive contro, ma al di là del suo titolo (1).

238. L'applicazione del principio non è scevra da difficoltà. Una presa d'acqua che si manifesta con opere esterne è una servitù continua ed apparente. Può dunque acquistarsi ed estinguersi con la prescrizione. Ma che occorre perchè vi sia prescrizione? Il possesso a titolo di servitù. Chi deve esercitare i fatti invocati a questo titolo? Il proprietario del fondo dominante. In una specie decisa dalla Corte di cassazione del Belgio, il proprietario del fondo dominante pretendeva che avendo sempre il proprietario del fondo serviente provveduto alla pulizia del canale nelle domeniche e nei giorni festivi, egli aveva acquistato con la prescrizione il diritto di esigere che tal pratica si facesse precisamente in quei giorni. Il giudice di pace respinse queste pretese; ammesse dal tribunale in grado d'appello, furono nuovamente rigettate dalla Corte di cassazione. Il giudice di pace aveva rettamente deciso. Procedendo alla pulizia del canale nella domenica, il proprietario del canale, che era nel tempo istesso proprietario di un molino, agiva in virtù del suo diritto di proprietà; quindi non ne poteva risultare alcun diritto in favore del fondo dominante. Non vi era alcun fatto di possesso a titolo di servitù: ciò decideva la questione (2).

Anche quando il possesso si esercita dal proprietario del fondo dominante, e quindi a titolo di servitù, si presentano nuove difficoltà. Io ho il diritto d'aver l'acqua tutti i giorni della settimana dalle sei del mattino sino a mezzogiorno; dimostro che quasi sempre la cataratta è rimasta alzata fino alle tre; avrò acquistato con la prescrizione il diritto di aver l'acqua fino a quest'ora? In questi termini pone la questione un valente giureconsulto di cui il Belgio deplora la morte prematura. Dupret risponde che in diritto non vi è alcun dubbio; è certo che io posso acquistare un'estensione della servitù di presa d'acqua, poichè la servitù stessa, con tutta l'estensione che io reclamo, avrebbe potuto costituirsi per sola virtù del possesso. La difficoltà è dunque di fatto. Bisogna provare che il possesso ha i

(1) PARDESSUS, t. II, p. 114, n. 286. AUBRY e RAU, t. III, p. 95 e nota 25.
(2) Sentenza di Cassazione del 25 marzo 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 384).

caratteri voluti dalla legge; specialmente dev'essere continuo. Si dovrà dire con ciò come fosse dunque necessario che sempre, senza alcuna eccezione, e durante trent'anni, la presa d'acqua avesse avuto luogo in modo uniforme fino alle tre? La continuità, in questa materia non è la uniformità. Talune riparazioni necessarie all'officina, una diminuzione temporanea di lavoro possono sospendere o diminuire la presa d'acqua. Il giudice non si fermerà a queste deviazioni passaggere, ma dovrà decidere secondo i fatti regolari e normali (1).

§ III. — *Diritti del proprietario del fondo dominante.*

N. 1. — Dei lavori necessari alla servitù.

239. L'art. 697 prescrive che colui al quale è dovuta una servitù può fare tutte le opere necessarie per usarne e conservarla. È inutile che il titolo enumeri le opere che il proprietario del fondo dominante è autorizzato a fare, perchè il suo diritto è scritto nella legge, e la legge stessa non fa che consacrare un'applicazione di quella massima di diritto naturale, che colui il quale vuole il fine deve volere i mezzi necessari a raggiungerlo. Su questo punto, le enunciazioni non possono dunque essere mai considerate come restrittive; sarebbe assurdo ricusare a colui che ha diritto ad una servitù i mezzi necessarii per esercitarla. Il caso si è presentato innanzi alla Corte di Liegi. Lo Stato aveva comprata una servitù d'acquedotto per condurre le acque dalla Vesdre alla stazione della ferrovia di Verviers. Era detto nell'atto che lo Stato aveva diritto a scavare nel fondo serviente un fossato per collocarvi i tubi destinati alla condotta dell'acqua. Si incominciò col mettervi dei tubi di ferro fuso; ma essendo questi insufficienti, lo Stato costruì un canale di fabbrica. Il proprietario del fondo serviente si oppose, invocando il titolo costitutivo della servitù. In una sapiente requisitoria, il procuratore generale, Raikem, discusse tutte le leggi romane che si riferivano alla questione. Noi abbiamo un profondo rispetto per i nostri maestri, i giureconsulti di Roma; ma troviamo inutile ricorrere alle loro decisioni quando queste non fanno che aggrovigliare la discussione mediante controversie sui testi del Digesto, mentre basterebbero a risolvere le difficoltà i principii più elementari. Nella specie, non vi era neppure difficoltà: il testo è formale, e lo spirito della legge è ancora più evidente. Si può forse concepire che il proprietario del fondo serviente venga a dire al proprietario del fondo dominante: io vi ho

---

(1) DUPRET, *Des modifications de la servitude par la prescription* (*Revue de droit français et étranger*, 1846, t. III, p. 819-821).

venduto una servitù di acquedotto mediante tubi; questi tubi non vi bastano; poco importa; io mi oppongo alla costruzione del canale necessario all'esercizio della servitù, quantunque questo canale non mi cagioni alcun pregiudizio? Basta il buon senso per respingere pretese di simil natura (1).

240. Colui al quale la servitù è dovuta può fare le opere necessarie sul fondo serviente? La legge non lo dice, ma non potrebbe esservi dubbio. S'intende da sè che il proprietario può fare sopra il suo fondo tutti i lavori che possono essergli utili, purchè non aggravi la condizione del fondo serviente. Quando dunque la legge lo autorizza a fare le opere necessarie, bisogna intendere che si riferisca ai lavori che debbono essere fatti sul fondo serviente. Qui vi è una restrizione ai diritti del proprietario dominante; essa risulta dal testo e dai principii. La legge parla di opere *necessarie* per *usare* della servitù e per *conservarla.* Come si riconoscerà la necessità dei lavori? É questa una questione di fatto che qualunque architetto risolverà meglio di quel che non facciano i giureconsulti romani cui si ama ricorrere per tradizione (2). Il proprietario del fondo dominante può fare altresì lavori necessari per la conservazione del suo diritto, vale a dire le opere destinate a conservare le cose nello stato in cui debbono essere per l'uso della servitù. Anche questa è questione di fatto.

241. Chi dovrà sopportare le spese di queste opere? A termini dell'art. 698 i lavori sono a carico di colui al quale la servitù è dovuta e non del proprietario del fondo serviente. Quale ne è la ragione? Toullier risponde che il proprietario del fondo dominante deve sopportare le spese perchè son fatte per la sua utilità. La ragione non è decisiva. Non si potrebbe dire che colui il quale vende una servitù di acquedotto debba consegnare un acquedotto al compratore? Bisogna cercare il vero motivo nella natura della servitù, diritto reale, che, come aggiunge Toullier, non obbliga il proprietario del fondo serviente a fare; questi è tenuto solamente a soffrire che il proprietario del fondo faccia le opere necessarie. Dal punto di vista pratico, ciò importa pochissimo, perchè, costituendosi ordinariamente le servitù a titolo oneroso, il prezzo sarà fissato in proporzione dei lavori che rimangono a carico del proprietario dominante.

242. L'art. 698 aggiunge che il titolo costitutivo della servitù può mettere le spese delle opere a carico del proprietario del fondo serviente. S'intende da sè che i proprietarii possono contrarre quella qualunque obbligazione personale che vo-

(1) Liegi, 18 dicembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 320).
(2) Vedi talune delle loro decisioni in DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 243, n. 358.

gliono imporsi in occasione della costituzione della servitù: ciò non presenta alcun dubbio. Ma questa obbligazione può essere altresì stipulata a titolo di onere reale. Su questo punto gli autori del codice civile si sono allontanati dal diritto romano. Dopo lunghe controversie, era stato ammesso che nella servitù *oneris ferendi*, la quale astringe il proprietario del fondo serviente a sopportare delle costruzioni appoggiate al suo muro od al suo edificio, questi fosse altresì tenuto, ed a titolo di onere reale, a fare le riparazioni necessarie al muro e all'edificio serviente. Non è l'uomo, dicevano i giureconsulti, che è debitore, ma il fondo, per indicare che questa obbligazione assumeva il carattere di un diritto reale. Era un'eccezione che esisteva di pieno diritto ed in causa della natura particolare della servitù *oneris ferendi;* siccome il muro doveva essere sopportato dalla casa del vicino, sembrava naturale che fosse riparato dal proprietario di questa piuttosto che dal proprietario del fondo dominante. Il codice generalizza l'eccezione; non già che di pieno diritto e senza stipulazione il proprietario del fondo serviente debba sopportare le spese necessarie all'uso della servitù; l'articolo 698 stabilisce la regola contraria, ma permette alle parti interessate di derogarvi. Vi è dunque una doppia deroga alle norme del diritto romano. L'eccezione relativa alla servitù *oneris ferendi* non esiste più; è questa l'opinione generale, salvo il dissenso di Duranton; ma basta leggere l'articolo 698 per convincersi che quest'ultimo venne indotto in errore da un'esagerata venerazione pel diritto romano. All'incontro, è in facoltà delle parti di stipulare in qualunque specie di servitù, che il proprietario del fondo serviente sia obbligato ad eseguire a sue spese le opere necessarie per l'uso per o la conservazione della servitù (1).

243. Qual'è la natura di questa stipulazione? La legge presume che l'onere sia reale, poichè prescrive che colui al quale esso è imposto dal titolo può sempre affrancarsene abbandonando il fondo serviente al proprietario di quello dominante. Vuol forse ciò dire che l'onere è necessariamente reale? No, certo; esso è considerato come tale in eccezione al diritto comune. In materia di servitù il fondo soltanto è obbligato; ora un fondo non può essere tenuto a fare; ma costituendo l'onere di eseguire le opere un accessorio della servitù, il legislatore gli attribuisce il medesimo carattere di realtà. Tale essendo l'interpretazione data dalla legge alla convenzione, occorrerebbe una manifestazione di volontà in senso contrario perchè l'onere fosse personale a colui che deve sopportarlo.

---

(1) TOULLIER, t. II, p. 306, n. 665. DEMANTE, t. II, p. 650, n. 555 *bis* I. DEMOLOMBE, t. XII, p. 398, n. 873 e seg. Sentenza di rigetto del 16 marzo 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 120). Confronta DURANTON, t. V, p. 529, n. 503.

Ecco dunque il sistema del codice civile. Per diritto comune, le opere necessarie all'uso della servitù debbono esser fatte dal proprietario del fondo dominante ed a sue spese. Per eccezione soltanto possono esser poste a carico del proprietario del fondo serviente; occorre, come per qualunque eccezione, una stipulazione espressa; l'articolo 698 la pretende: « salvo che il titolo costituente la servitù non dica il contrario » (1). Quando l'eccezione è scritta nel contratto ne risulta un onere reale, salva sempre, s'intende, una contraria stipulazione.

Si suppone che non vi sia alcuna colpa da parte dei due proprietarii. Se vi è colpa, si rientra sotto l'impero dei principii generali. Quando le opere di riparazione sono divenute necessarie per colpa del proprietario del fondo serviente, egli dovrà eseguirle a sue spese, ancorchè il titolo non gli attribuisca ciò espressamente. Che se i lavori si sono resi necessari per colpa del proprietario del fondo dominante, questi dovrà compierli a suo carico, ancorchè il titolo gravi il proprietario del fondo serviente dell'onere di provvedere a tutte le opere necessarie all'esercizio della servitù (2).

244. Siccome tal peso si presume reale, converrà gli siano applicati i principii che regolano i diritti reali. È una modalità della servitù, dice una sentenza della Corte di cassazione, che, come la servitù stessa, grava in perpetuo sul fondo serviente, e lo segue presso qualunque detentore (3). La Corte di cassazione ha consacrata un'altra conseguenza del medesimo principio in una causa interessantissima. In un atto di divisione si stipula una servitù di presa d'acqua, ponendosi le opere ad essa relative, a carico della seconda quota. Il condividente, proprietario del fondo dominante, prende iscrizione pel privilegio che gli appartiene in virtù dell'articolo 2103, num. 3, a titolo di conguaglio di quota. Donde la questione di sapere se l'onere imposto alla seconda quota fosse un credito privilegiato. Il privilegio non è stabilito che per garantire lo adempimento delle obbligazioni personali che la divisione impone ai condividenti. Esso è estraneo agli oneri reali che gravano il fondo e che non hanno nulla di comune con la solvibilità del detentore del fondo. È certo che per la servitù, quantunque creata dall'atto di divisione, non vi era luogo a privilegio, essendo ogni garantia inutile, poichè la servitù grava il fondo e lo segue presso tutti coloro cui si trasmette. Ma il carico delle spese solleva una questione di solvibilità, potendo il condividente o l'acquirente essere o divenire insolvibile. Il tribunale di prima istanza conservò l'iscrizione; la Corte di Lione l'annullò, e la sua sen-

---

(1) Demante, t. II, p. 650, n. 555 *bis* I. Sentenza di rigetto del 7 dicembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 33). Confronta Demolombe, t. XII, p. 399, n. 875.

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 91, e nota 12 e le autorità che vi sono citate.

(3) Sentenza di Cassazione del 3 aprile 1865 (Dalloz, 1865, 1, 391). Tutti gli autori sono d'accordo; vedi le autorità in Aubry e Rau, t. III, p. 91 e nota 11.

tenza fu confermata dalla Corte di cassazione (1). Vi è però qualche dubbio. L'onere è reale, dice la sentenza di rigetto, e non potrebbe essere confuso con le obbligazioni ordinarie che nascono da una divisione e che sono puramente personali. Che l'onere sia reale è ben vero, ma è vero altresì che la realtà d'una obbligazione che sarebbe personale per sua natura, non è una finzione non essendo il fondo quello che agisce e che paga, ma la persona. Ora, non è nell'essenza di qualunque finzione d'essere circoscritta nei limiti entro i quali la legge l'ha stabilita? L'onere è reale nel senso che segue il fondo, e che il terzo detentore può liberarsene coll'abbandono. Ciò non ha nulla di comune con le obbligazioni che esistono fra condividenti. Se la quota gravata dall'onere si devolve ad un erede insolvibile, la quota a cui vantaggio l'onere è stabilito sarà in perdita; quindi deve sussistere il privilegio.

245. L'articolo 699 consacra una conseguenza della realtà dell'onere: esso permette al proprietario del fondo serviente di liberarsene abbandonando il *fondo serviente* al proprietario del fondo cui la servitù è dovuta. Che bisogna intendere per *fondo serviente?* Vi sono casi in cui la questione non può offrir dubbio alcuno: ma noi crediamo che non ne presenti neppure in questa. Una servitù di pascolo grava tutto il fondo serviente; una servitù di passaggio è limitata alla parte del fondo per la quale si passa, nel senso che il rimanente del fondo è libero; nel primo caso l'abbandono riguarderà tutto intero il fondo serviente, nel secondo dovrà rilasciarsi la sola parte del fondo che vi è soggetta, dunque ancora tutto il fondo serviente. Ma che si deve decidere se una servitù di passaggio è stabilita sovra un fondo serviente senza alcun limite? Tutto il fondo è soggetto, e tutto il fondo deve essere abbandonato se il proprietario vuole usare della facoltà che gli attribuisce l'art. 699. La questione è assai controversa, ma puramente teorica, perchè non si cita alcuna decisione di magistrato sull'argomento. Noi non esitiamo ad affermare che l'intero fondo serviente deve essere rilasciato. Il testo è formale: esso vuole l'abbandono del fondo *soggetto;* ora, non è forse principio elementare che tutto il fondo *serviente* deve considerarsi come *soggetto?* Invano si dice che le parti con una condizione espressa o tacita restringono l'esercizio della servitù ad una parte sola del fondo; ciò non impedisce che esso, tutto intero, rimanga gravato dalla servitù. S'invoca l'equità, si dice che il diritto al rilascio sarebbe derisorio ove si voglia costringere il proprietario di un fondo del valore di diecimila ad abbandonarlo per l'intero, per liberarsi da spese che non oltrepassano le cento lire. Ma chi vuol obbligare il proprietario a commettere una simile follia? Spetta

(1) Sentenza di rigetto del 7 marzo 1859 (Dalloz, 1859, 1, 157).

a lui di vedere qual sia il suo interesse. Egli si è assoggettato ad un carico, dunque deve adempirlo. E se vuole affrancarsene, è pur mestieri che sottostia alle condizioni prescritte dalla legge (1).

246. Qual'è l'effetto del rilascio autorizzato dall'articolo 699? La legge lo dice: è quello di liberarsi dall'onere di eseguire le opere necessarie per l'esercizio della servitù. L'abbandono solleverà quindi il proprietario da tale obbligazione, e ciò tanto pel passato che per l'avvenire. Demolombe fa una singolare obbiezione. Il proprietario del fondo serviente, egli dice, era tenuto all'onere come proprietario; ora, egli non cessa d'essere tale che al momento in cui segue l'abbandono: dovrà dunque sopportare le spese per tutta la durata della sua proprietà. No: le spese non sono dovute per la sua qualità di proprietario: egli nulla deve pagare a tal titolo. Il proprietario non è tenuto che in forza di una obbligazione da lui stipulata, dalla quale la legge gli permette di svincolarsi col rilascio del fondo serviente; una volta svincolato egli cessa d'essere obbligato (2).

Qual'è l'effetto dell'abbandono quanto alla proprietà? Generalmente si insegna che esso è traslativo di proprietà, d'onde si conclude che l'atto di rilascio è soggetto alla trascrizione. Si aggiunge che non occorre l'accettazione da parte del proprietario del fondo dominante (3). Ci sembra che qui si cada in una specie di contraddizione. Non vi è traslazione di proprietà senza un concorso di volontà: può alcuno divenire proprietario mal suo grado? Senza dubbio, per fare il rilascio, il proprietario del fondo serviente non ha bisogno del consenso del proprietario del fondo dominante: il suo diritto gli proviene dalla stessa legge. Ma tuttociò che risulta da questo rilascio, è che il proprietario che l'ha fatto cessa di essere tale; quanto al padrone del fondo dominante, esso non diverrà proprietario del fondo abbandonato se non mediante l'accettazione del rilascio. È allora soltanto che vi sarà traslazione di proprietà e per conseguenza necessità di trascrivere. Si può applicare qui per analogia ciò che abbiamo detto altrove intorno all'abbandono della comunione (t. VII, n. 550).

247. È lecito di rinunziare al diritto del rilascio consacrato dallo art. 699? La questione è controversa. Noi non esitiamo a decidere, con Pardessus, che la rinunzia sarebbe valida. È principio che ciascuno può rinunciare ai diritti che sono stabiliti in suo favore, salvo che a ciò non si opponga un motivo d'ordine pubblico. Ora, nella specie si tratta di diritti ed obbligazioni di puro interesse privato; l'ordine pubblico è fuori di causa. Si

(1) PARDESSUS, t. II, p. 204, n. 316. DEMOLOMBE, t. XII, p. 404, n. 882. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. III, p. 90 e nota 10, e gli autori che vi sono citati.

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 90, nota 9. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XII, p. 407, n. 883.

(3) DEMOLOMBE, t. XII, p. 408, nn. 485 e 484.

obbietta che la rinunzia trasformerebbe in un servigio imposto alla persona un'obbligazione che la legge ammette a titolo di onere reale. Questa obbiezione ha in sè una singolare confusione d'idee. A rigor di principio, l'obbligazione di sopportare le spese delle opere necessarie all'esercizio della servitù è personale, è un diritto di credito; la legge permette, presume anche che l'onere diviene reale se il proprietario del fondo serviente vi si sottomette, ma di certo non proibisce di conservare a questa obbligazione il suo carattere di personalità (1).

N. 2. — Delle servitù accessorie.

248. L'articolo 696 prescrive: « Allorchè si costituisce una servitù, deve ritenersi accordato con essa tutto quanto è necessario all'esercizio della medesima. Perciò la servitù di attingere acqua dalla fonte altrui, porta necessariamente seco il diritto al passaggio ». Questa disposizione, al pari di quella dell'articolo 699, è un'applicazione del principio che colui il quale vuole il fine vuole i mezzi, principio fondato sulla logica e sulla intenzione delle parti interessate. La regola dell'articolo 696 è generale; essa si applica non solo alle servitù convenzionali ma altresì a quelle che sono stabilite per destinazione del padre di famiglia o per prescrizione, salvo a tener conto delle regole d'interpretazione concernenti il titolo, la destinazione ed il possesso. Dall'articolo 696 risulta che vi sono servitù alle quali il proprietario del fondo dominante ha diritto a titolo d'accessione, ma non può reclamarle che a questo titolo. Perciò chi ha diritto d'attingere acqua dalla fonte altrui può passare pel fondo serviente per tale bisogna, ma non ha un diritto di passaggio per altri scopi. Le servitù accessorie non esistono dunque che come diritti accessorii e sotto la condizione della necessità. La servitù accessoria non essendo dovuta che per sè stessa, non la si può reclamare se non è indispensabile per l'uso della servitù principale (2).

249. Tale è il principio. L'applicazione ha però dato luogo a numerose difficoltà. Il diritto di sporto con grondaie o simili, porta con sè la facoltà di passare sul fondo del vicino per fare le riparazioni necessarie? È una questione di fatto piuttosto che di diritto. Il diritto di passaggio è necessario per usare della servitù di stillicidio? Questa servitù, per vero, si esercita per sè medesima, ma non si conserva se non quando il tetto e le grondaie si mantengono in buon stato di riparazione. È

(1) PARDESSUS, t. I, p. 160, n. 69. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XII, p. 403, n. 481; AUBRY e RAU, t. III, p. 90 e nota 8.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 89 e nota 3, e le autorità che vi sono citate.

dunque piuttosto il caso d'applicare l'articolo 697 che l'articolo 696; ma poco importa, poichè le due disposizioni si concatenano e sono l'applicazione del medesimo principio. Il caso si è presentato innanzi alla Corte di cassazione del Belgio. Essa ha deciso che la necessità del passaggio essendo una questione di fatto, il pronunziare sulla medesima era di spettanza del giudice di merito. La sentenza impugnata constatava che, per fare *convenientemente* le riparazioni che l'esercizio della servitù rendeva necessarie, bisognava passare pel fondo serviente. La frase mancava di precisione, perchè la convenienza può intendersi nel significato di *comodità*, e questa non basta: occorre invece una vera e propria necessità. La Corte di cassazione interpretò la sentenza della Corte di Gand in questo senso, quindi non vi era più dubbio sulla servitù accessoria di passaggio (1).

250. La servitù d'acquedotto implica necessariamente quella di passaggio? Anche questa servitù è continua, e quindi si esercita per sè stessa. Donde segue che non si può dire che necessariamente essa comprenda il diritto di passare pel fondo del vicino. Si tratta qui pure di una questione di fatto. In una specie presentatasi avanti alla Corte di cassazione, il proprietario del fondo serviente non contestava al proprietario del fondo dominante il diritto d'invigilare alla conservazione del canale e di sorvegliare agli ostacoli che lo scolo delle acque avrebbe potuto incontrare; il che dava luogo accidentalmente ad un diritto di passaggio. La Corte di Colmar giudicò che non si poteva andare oltre senza creare una nuova servitù. La sua sentenza fu confermata dalla Corte di cassazione (2).

Se le acque sono trasmesse al fondo dominante da un canale che ha bisogno di essere tenuto sgombro, siccome la pulizia costituisce nel tempo stesso un onere ed un diritto pel proprietario di questo fondo, egli deve avere la facoltà di passare sul fondo serviente per tale pratica e per deporre momentaneamente le terre scavate sulle sponde del canale (3). Ma è stato deciso che la servitù di presa d'acqua non comprende necessariamente la servitù di passaggio. La sentenza dice che la presa d'acqua implica bensì il diritto di invigilare sul corso per opporsi ad ogni deviamento che ne restringesse il godimento, ma non importa, come accessorio necessario, il diritto di passare per la proprietà altrui, se il proprietario del fondo dominante può constatare in altro modo che tutta l'acqua cui ha diritto giunge sopra il suo terreno. Ora, nella specie, il proprietario del fondo serviente si dichiarava pronto a costruire a sue spese un canale

(1) Sentenza di rigetto del 18 luglio 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 67).
(2) Sentenza di rigettò della sezione civile del 18 luglio 1843 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 978).
(3) Colmar, 23 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 174).

che conducesse le acque nel fondo dominante; offriva anche un sentiero attraverso un prato per giungere all'imboccatura del canale, il che rendeva inutile il passaggio lunghesso il corso, potendo il proprietario invigilare in ciascun istante le due estremità del canale (1).

In un'altra specie, la Corte di cassazione ha ricusato il diritto di passaggio al proprietario del fondo dominante. Il canale di irrigazione era affetto all'uso di tre fondi che attraversava. Ciascun proprietario rivierasco doveva manutenere e pulire la parte del canale che era nel suo dominio, coll'obbligo però di non nuocere ai conrivieraschi. Costoro non potevano dunque reclamare un passaggio per procedere alla pulizia che non avevano diritto nè obbligo di fare; la loro facoltà si limitava ad agire contro il rivierasco che trascurava la manutenzione e la pulizia, facendosi anche autorizzare giudizialmente, al bisogno, a procedervi essi medesimi; solo in questa ultima ipotesi eravi luogo al diritto di passaggio (2).

251. La servitù di veduta importa la servitù di non costruire? Siffatta questione ha dato luogo a molte dispute (3). Bisogna anzitutto distinguere se la servitù è costituita per titolo, per destinazione del padre di famiglia o per prescrizione. Se vi è un titolo, e questo serba il silenzio sull'estensione della servitù, è impossibile contestare che il diritto di veduta includa pel vicino l'onere di non ostruire la veduta mediante costruzioni. Che cosa, infatti, è la servitù di veduta? É il diritto di avere delle finestre a prospetto sul fondo del vicino; le finestre procurano anzitutto l'aria e la luce, esse danno altresì il diritto di vedere sul fondo serviente; sta precisamente in ciò la differenza tra la servitù di *veduta* e la servitù di *luce*. Ora, i diritti che derivano dalla servitù di veduta non potrebbero essere esercitati se il vicino avesse facoltà di ostruire le finestre con opere di fabbrica. Bisogna dunque dire, coll'articolo 696, che colui il quale si è assoggettato ad una servitù di veduta, ha con ciò assunto l'obbligo di non costruire in modo che l'opera nuova possa riuscire d'impedimento all'esercizio della servitù. Ma quale sarà l'estensione di quest'onere? É certo che esso non include un divieto assoluto di costruire; sarebbe allora una servitù di prospetto, e il titolo non costituisce che una servitù di veduta. La servitù di non costruire essendo reclamata come conseguenza od accessorio, ne risulta che non esiste se non nei termini della necessità; questo è dell'essenza di tutte le servitù accessorie. Quali sono questi limiti? La giurisprudenza è esitante. La maggior parte delle Corti applica le disposizioni degli articoli 678 e

(1) Riom, 24 gennaio 1856 (DALLOZ, 1857, 2, 31).
(2) Sentenza di rigetto del 18 aprile 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 241).
(3) AUBRY e RAU, t. III, p. 87, e nota 11, e le autorità che vi sono citate

679 (1). Noi abbiamo già detto che la giurisprudenza dà a questi articoli un'estensione che non è comportata nè dal testo nè dallo spirito della legge (n. 66). Il legislatore determina le condizioni sotto l'osservanza delle quali un proprietario può praticare delle finestre che si aprono in virtù del suo diritto di proprietà; a questo effetto egli fissa la distanza che deve esistere tra il muro in cui le finestre sono praticate ed il fondo del vicino; per le vedute dirette tale distanza deve essere di diciannove decimetri (sei piedi), per le oblique di sei (due piedi). Nella nostra specie, si tratta di finestre praticate a titolo di servitù, dunque ad una distanza minore da quella legale; e la questione sta nel conoscere a quale intervallo possa costruire il proprietario del fondo serviente. Tale difficoltà è ben diversa da quella che trovasi risoluta dagli articoli 678 e 679, e siccome la legge non la decide, bisognerà aver riguardo all'intenzione delle parti contraenti, poichè vi ha un titolo, e quindi ai fatti ed alle circostanze della causa (2). In conclusione, si tratta di una questione di fatto come avviene per tutte le difficoltà che nascono allorchè si reclama una servitù come conseguenza od accessorio di una servitù principale.

252. Quando la servitù di veduta risulta dalla prescrizione, le difficoltà sono molto maggiori. La giurisprudenza delle Corti del Belgio nega che ne risulti una servitù di non costruire; noi abbiamo combattuta questa dottrina (n. 62), e ciò che si ebbe a dire intorno alla servitù di veduta costituita per titolo conferma, ci sembra, la nostra critica. La servitù di veduta muta forse natura secondo che trovasi costituita per prescrizione o per titolo? La prescrizione non implica forse la esistenza d'un titolo, sia desso un'antica convenzione che non si possa provare, sia un concorso di consenso tacito? Dunque la causa è, in realtà, identica; e come mai una sola e medesima causa produrrebbe effetti diversi? La servitù di veduta acquistata per prescrizione importa dunque la servitù di non costruire entro certi confini. Quali sono questi limiti? Qui vi è una nuova difficoltà. La servitù di non costruire non può acquistarsi con la prescrizione; bisognerà dunque applicare il principio *tantum praescriptum quantum possessum?* vale a dire saranno le cose conservate nello stato in cui erano al tempo dell'acquisto della servitù? E assolutamente necessario di escludere una tal massima; non si tratta, invero, d'acquistare la servitù di non costruire, bensì di conoscere se essa derivi come necessità dalla servitù principale, che è acquisita, poco importa se per titolo o per prescrizione. L'articolo 696 non distingue, bisogna quindi applicare

---

(1) Parigi, 16 febbraio 1841; Angers, 8 luglio 1843 (Dalloz, alla parola *Servitude*, nn. 773 e 772, 2.°). Sentenza di rigetto del 7 marzo 1855 (Dalloz, 1855, 1, 409). Sentenza di Cassazione del 10 aprile 1845 (Dalloz, 1855, 1, 212).

(2) Parigi, 29 gennaio 1841 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 774).

i principii che abbiamo esposti dianzi. La Corte di cassazione cita gli articoli 678 e 679; a nostro parere, queste disposizioni sono estranee alla questione. Noi rinviamo a quanto abbiamo già detto sopra questo argomento (n. 66).

253. La servitù di veduta può altresì risultare dalla destinazione del padre di famiglia. Importa essa la servitù di non costruire, almeno in taluni limiti? La destinazione equivale a titolo, dice l'articolo 692. Vi è una convenzione tacita; avendo essa per obbietto di conservare le finestre a prospetto, il proprietario del fondo serviente non può certo ostruirle con le sue costruzioni. Fin dove si estenderà questo divieto di non costruire? La Corte di cassazione ha deciso che gli articoli 678 e 679 non trovavano applicazione, poichè ciò equivarrebbe a creare una nuova servitù, ed una servitù che non può costituirsi per destinazione, non essendo apparente. Questo motivo è assai poco giuridico. Non si tratta di creare una servitù, ma di sapere se la si debba ammettere a titolo di conseguenza o di diritto accessorio: si invoca l'articolo 696 e non il precedente 693. La Cassazione ha riconosciuto che il giudice può prescrivere le misure necessarie per la conservazione della servitù di veduta; nondimeno ha cassata una sentenza della Corte di Lione che aveva applicati gli articoli 678 e 679 fondandosi sull'intenzione delle parti contraenti (1).

Noi pure crediamo che queste disposizioni non siano applicabili alle servitù accessorie. Ma bisogna essere conseguenti: la Corte di cassazione le applica quando la servitù di veduta è stabilita per titolo o per prescrizione; perchè ricusa di farlo quando vi è destinazione del padre di famiglia? Invano si cercherebbero le ragioni della differenza. Quando la servitù è acquisita per prescrizione, si potrebbe dire alla lettera ciò che la Corte di cassazione afferma in caso di destinazione; dove uguale è la ragione del decidere, identica deve essere la decisione. O bisogna sempre applicare alle servitù accessorie gli articoli 678 e 679, o non si deve farlo mai. Noi dividiamo appunto quest'ultima opinione.

254. Il Codice non definisce le diverse specie di servitù che si possono esercitare mediante finestre praticate in un muro; anche dove esso parla di *vedute* e di *luci*, il suo linguaggio non è troppo esatto. Donde qualche incertezza nella giurisprudenza. Che cosa è la servitù di prospetto? in che differisce da quella di veduta o dalle altre di non costruire, o di non costruire oltre un'altezza determinata? Si legge in una sentenza

---

(1) Sentenza di Cassazione del 17 agosto 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 353). Confronta Gand, 20 novembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 21). Questa sentenza è conforme alla nostra opinione; essa decide che « la servitù di veduta, resultante dalla destinazione del padre di famiglia, importa necessariamente la servitù *ne luminibus officiatur,* almeno in quanto impedisce al vicino d'ostruire le luci aperte, senza di che sarebbe senza effetto ».

che il diritto di spinger lontano lo sguardo, senza che possa venire limitato da qualche piantagione o costruzione, è da taluni chiamato diritto di prospetto; altri, dice la sentenza, lo definiscono dai suoi effetti, i quali consistono, a confessione di tutti, nell'impedire al proprietario del fondo serviente di costruire oltre una certa altezza (1). Alla stregua di tali concetti, bisognerebbe ritenere che la servitù di non costruire al di là di un'altezza determinata comprenda necessariamente la servitù di prospetto. Fu tuttavia giudicato che la convenzione con la quale il proprietario si obbliga di non elevare un muro di cinta oltre otto piedi, e di non costruire su questa linea, non importa la servitù di prospetto (2), e ciò ci sembra evidente. Nella specie, la servitù di non costruire più alto era limitata ad una parte del fondo serviente, mentre il diritto di prospetto si esercita per tutto lo spazio che lo sguardo può abbracciare. Inoltre, la servitù di prospetto include il divieto di piantare, mentre non può invece indursi il divieto di piantare dalla servitù di non costruire. È quindi necessario di attenersi alle stipulazioni dell'atto; poichè la servitù di non costruire ovvero di non costruire sino ad una determinata altezza, del pari che il diritto di prospetto, sono servitù non apparenti (art. 689) le quali non possono acquistarsi nè colla prescrizione nè per destinazione del padre di famiglia. E non si possono ammettere come servitù accessorie che a titolo di necessità, quando sono conseguenza indispensabile di un'altra servitù, il che avverrà raramente.

Una giurisprudenza costante decide che la servitù di veduta non attribuisce la servitù di prospetto; ciò risulta dalla natura stessa di queste servitù, poichè la prima è limitata, mentre la seconda invece non ha confini (3). La servitù di veduta, che importa, in taluni limiti, quella di non costruire, imporrà pure al proprietario del fondo serviente l'onere di non piantare? Per regola generale, no. Come dice una sentenza, la costruzione di una casa, l'elevazione d'un muro può toglierci la luce e l'aria, rendere la nostra abitazione umida e malsana; mentre la veduta sopra un giardino delizioso è un godimento che si rinnova ad ogni istante (4). Tuttavia, se, in luogo d'un giardino di diletto, vi fossero alberi di alto fusto che nascondono la veduta ed impediscono i raggi del sole, il vicino che ha stipulata la servitù di veduta, o quella di non fabbricare, non avrebbe il diritto di dolersi? È stato deciso che quando siano state stabilite delle luci a vantaggio d'una casa, il proprietario ha diritto

(1) Pau, 12 dicembre 1834 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 776, 2.°).
(2) Sentenza di rigetto della sezione civile del 12 dicembre 1836 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 562).
(3) Parigi, 20 maggio 1836; sentenza di rigetto del 3 aprile 1817 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 776, 3.° e 1.°); Orléans, 24 dicembre 1840 (*ibid.*, n. 1019); Aix, 18 novembre 1854 (DALLOZ, 1857, 2, 40).
(4) Bourges, 26 maggio 1828 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 562).

di richiedere non solamente che i sambuchi piantati dal vicino siano ridotti ad un'altezza inferiore a quella delle luci, ma che conviene addirittura sopprimerli poichè questo albero cresce con una tale rapidità e con tale ricchezza di vegetazione, che diverrebbe un'occasione incessante di querele tra vicini. Il primo giudice, dice la Corte di Caen, ha dunque saggiamente ordinata la soppressione degli alberi (1). Senza dubbio è prudente prevenire le querele; ma si può forse farlo violando il diritto di proprietà? e, nella specie, si poteva impedire al proprietario del fondo serviente di piantare dei sambuchi, se questi non attentavano al diritto di luce? In conclusione, nulla v'ha di assoluto nelle servitù dovute a titolo di diritto accessorio, salvo il limite che la legge traccia al magistrato e che egli non può oltrepassare: occorre, dice l'art. 696, che la servitù accessoria sia necessaria perchè si possa trar profitto della servitù principale.

255. Le servitù accessorie hanno taluni caratteri particolari. Esse non sono dovute che a titolo di diritto accessorio. Donde segue che se la servitù principale si estingue, verrà meno del pari l'accessoria: è questa la conseguenza del principio che governa le servitù. Al contrario, la servitù accessoria non può cessare finchè sussiste la servitù principale (2). È stato deciso che colui il quale ha acquistato il diritto di esercitare più cave di pietra appartenenti a diversi proprietari non può, dopo l'esaurimento della prima, continuare a servirsi per le altre, della strada che il proprietario di quella l'aveva autorizzato a stabilire pei bisogni della sua industria (3). Noi abbiamo detto poco fa che la servitù di presa d'acqua dà il diritto di pulire il canale che serve alla trasmissione delle acque. Se durante trent'anni, la pulitura non ebbe luogo, sarà estinto il diritto? Esso sussisterà finchè non abbia cessato di esistere la servitù principale. E, nella specie, la servitù principale si esercita per sè medesima mediante lo scolo delle acque; dunque finchè le acque scorrono, sarà pur conservato il diritto di pulizia (4).

N. 3. — Restrizione ai diritti del proprietario del fondo dominante.

1. — Restrizione risultante dall'obbietto della servitù.

256. La servitù, dicono i giureconsulti romani, è una qualità del fondo per la cui utilità è costituita. Ora, una qualità non può staccarsi dal fondo cui è inerente. Donde la conse-

(1) Caen, 20 febbraio 1845 (DALLOZ, 1845, 4, 480).
(2) DEMOLOMBE, t. XII, p. 556, n. 831. AUBRY e RAU, t. III, p. 89.
(3) Bordeaux, 23 maggio 1835 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 989).
(4) Colmar, 23 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 174).

guenza che la servitù non può essere trasferita sopra fondi diversi, ancorchè appartenessero al medesimo proprietario. Un atto di divisione attribuisce ad uno dei condividenti un diritto di servitù sopra un torchio esistente nel fondo d'uno dei suoi coeredi, col carico di contribuire per la sua parte alla manutenzione di quello. Fu giudicato che questo diritto non può essere esercitato che a vantaggio dei fondi divisi, e solamente entro i limiti risultanti dalla obbligazione relativa alle riparazioni (1). Così vuole il rigore del diritto e della logica, ma non bisogna spingerlo all'estremo. Logicamente la qualità d'un fondo non potrebbe comunicarsi ad un altro fondo, ma ciò è una semplice astrazione, ed è mestieri di diffidare da tutto quanto è principio astratto in materia di diritto, il quale costituisce una realtà vivente. La servitù può dare benissimo al proprietario del fondo dominante un diritto comunicabile, e se ciò può accadere senza alterare la servitù, senza nuocere al fondo serviente e senza aumentare i diritti del fondo dominante, bisognerà lasciar da parte la logica e decidere che il beneficio della servitù potrà essere esteso ad altri fondi. Io ho una presa d'acqua per la irrigazione del mio podere; l'acqua non è assorbita intieramente dal fondo, che ne farei io? Mi obbligherà la logica a mantenere sulla mia proprietà l'acqua superflua, a rischio di renderla stagnante? No, certo, l'acqua deve scorrere. Ora, scorrendo sui fondi inferiori, riuscirà necessariamente di vantaggio a questi; e quindi, in modo indiretto, la servitù profitterà a fondi diversi da quello dominante (2). Tuttavia non ne risulta un diritto per questi fondi, non si può dire che il fondo serviente sia ad essi soggetto. Se la servitù del fondo dominante venisse ad estinguersi, i proprietari dei fondi che ne traevano vantaggio nulla avrebbero a reclamare sul fondo che ha cessato d'essere serviente: qui il diritto riprende tutto il suo impero.

257. Quando può dirsi che la servitù è estesa ad altri fondi? Occorre che i fondi siano fra loro distinti. Pothier porge l'esempio che segue. Io ho acquistato il diritto di estrarre della marna dal vostro fondo per servirmene sul mio; non posso però giovarmene per terreni diversi, neppure per quelli che avessi acquistato posteriormente alla costituzione della servitù ed uniti al fondo dominante; ciò indurrebbe un aggravio della servitù sia attivamente che passivamente. Altro accadrebbe delle terre accresciute al mio fondo per alluvione; queste non formano che un sol tutto con quello cui si sono unite impercettibilmente e successivamente (3).

---

(1) Caen, 23 gennaio 1849 (DALLOZ, 1851, 5, 490).

(2) Vedi gli autori citati da AUBRY e RAU, t. III, p. 92, nota 14, e da DEMOLOMBE, t. XII, p. 371, n. 848. Sentenza di rigetto del 23 aprile 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 294).

(3) POTHIER, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n. 4.

Se il fondo dominante è diviso in due coltivazioni, ciò nulla muta alla servitù; non si può dire che vi siano due fondi quantunque il servigio cui il fondo serviente è tenuto possa aumentare. Così venne deciso a proposito di una servitù di pascolo. Come dice benissimo la Corte di cassazione, il fondo dominante rimane lo stesso, la coltura soltanto è migliorata: ora, la costituzione di una servitù fatta nell'interesse dell'agricoltura non può ostacolarne il progresso (1). S'intende da sè che se il numero dei capi di bestiame fosse limitato dal titolo costitutivo della servitù, il proprietario del fondo dominante non potrebbe accrescerlo; si applicherebbe, in questo caso, il principio che noi esporremo più innanzi: si avrebbe una restrizione ai diritti del fondo dominante in forza dell'obbietto della servitù.

258. Il principio che proibisce al proprietario del fondo dominante d'estendere la servitù ad un fondo al cui riguardo non venne costituita, trovasi talvolta in collisione col diritto resultante dalla proprietà. Io sono proprietario di tre prati divisi da muri di cinta o da fossati; esiste una servitù di passare con carri e vetture, stabilita in favore di uno di questi prati sul fondo vicino. Io sopprimo i muri di cinta. Il proprietario del fondo serviente se ne duole e domanda che il muro venga ricostruito, perchè altrimenti, egli dice, dovrà necessariamente accadere che il passaggio sarà esercitato a vantaggio dei prati annessi al fondo dominante. Questa pretesa venne respinta dalla Corte di cassazione; il timore d'un abuso non può attentare al diritto di proprietà ed alla libertà dei fondi, impedendo il proprietario del fondo dominante di riunirvi terreni limitrofi, ed obbligandolo a tenerli separati con una perpetua chiudenda. Se vi è abuso, spetta al proprietario del fondo serviente di agire; l'autorità giudiziaria provvederà a reprimerlo. Nella specie, non vi era abuso; la buona fede del proprietario del fondo dominante era evidente; egli era giunto sino ad offrire di ridurre la larghezza della barriera di comunicazione, in modo da rendere impossibile l'ingresso delle vetture nei fondi limitrofi. La Corte dichiarò che questa offerta era superflua, non potendo la servitù dovuta ad un fondo alterare i diritti del proprietario di questo (2).

259. Vi è un'altra restrizione che risulta dall'oggetto della servitù. Gli oneri che gravano un fondo per l'utilità d'un altro fondo variano all'infinito: una sola e medesima servitù può essere dunque più o meno estesa. Essendo la servitù una restrizione del diritto di proprietà, ne risulta che il diritto del proprietario del fondo serviente rimane integro, finchè non è limitato dalla servitù. In questo senso, si può dire con la Corte

---

(1) Sentenza di rigetto del 30 dicembre 1859 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1197).

(2) Sentenza di rigetto del 5 gennaio 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 388).

di cassazione che le servitù sono di stretto diritto, siccome qualunque eccezione è di stretta interpretazione; e la servitù è una eccezione alla libertà dei fondi. L'applicazione di questa regola non va scevra di difficoltà. Vi sono eccezioni che possono estendersi; vi sono altresì servitù capaci di interpretazione estensiva: lo abbiamo già notato trattando dei diversi modi di costituzione delle servitù (n. 225-227). Qui dobbiamo insistere sull'estensione che la servitù può ricevere in forza dell'obbietto pel quale è stabilita. Si tratta, come dice l'art. 637, di procurare un'utilità al fondo dominante; dunque la servitù ha per iscopo di soddisfare ad un bisogno del fondo cui è dovuta; questo bisogno varia, nulla ha d'assoluto, nel senso che dipende dalla volontà delle parti interessate di limitare l'uso della servitù ad un'utilità determinata; esse possono altresì costituirla per qualunque sorta d'utilità che il fondo dominante abbia mezzo di trarre, secondo la sua natura, dalla servitù medesima; nel primo caso si applica rigorosamente il principio che governa l'eccezione nei suoi rapporti con la regola: nel secondo caso l'eccezione istessa diviene una regola, e comporta per conseguenza una interpretazione estensiva (1). La giurisprudenza è in questo senso, quantunque le sentenze sembrino talvolta contradditorie; la decisione deve naturalmente differire secondo che la servitù è limitata o no.

260. Una servitù d'acquedotto, vale a dire di presa e di condotta d'acqua, fu acquistata col mezzo della prescrizione. Dopo aver adoperato le acque alla irrigazione di un fondo, il proprietario del fondo dominante costruisce un'officina cui le destina. Il proprietario del fondo serviente reclamò nelle vie giudiziali. Venne deciso che la servitù avendo per oggetto una presa d'acqua non limitata ad un servigio speciale, il proprietario del fondo poteva valersi delle acque stesse nel modo che gli sembrasse più opportuno. Che cosa si acquistò colla prescrizione? Non già la destinazione delle acque, dice il consigliere Mesnard nella sua relazione, ma il diritto di condurre queste dalla loro origine fino al fondo dominante; una volta qui giunte, che importa l'uso che se ne farà? Se, in causa della nuova destinazione delle acque, occorresse aumentarne il volume ed allargare il canale che le conduce, il proprietario del fondo serviente avrebbe il diritto di agire; ma è stato deciso, nella specie, che il canale avrebbe conservata l'ampiezza che aveva all'epoca in cui la servitù di acquedotto serviva soltanto all'irrigazione (2).

La Corte di Nancy si è pronunciata in senso affatto contrario. Una servitù di presa d'acqua è acquistata mediante prescrizione per l'irrigazione di un prato. Più tardi le acque vengono destinate all'esercizio d'una officina. La Corte decise che una

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 92, e seg. DEMOLOMBE, t. XII, p. 372, n. 849.
(2) Sentenza di rigetto del 6 marzo 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 75).

servitù la quale si basa sulla prescrizione è perciò appunto limitata alla destinazione che il possesso le ha attribuito; che sarebbe estendere un diritto limitato l'adoperare al movimento di un'officina le acque prescritte per l'irrigazione di un prato. Invano si dice che il volume dell'acqua adoperata rimane il medesimo: prima di tutto, occorre una sorveglianza quotidiana per prevenire gli abusi: di più, la nuova destinazione delle acque può nuocere al proprietario del fondo serviente creandogli una concorrenza nociva (1). La Corte di cassazione ha confermato tali principii. In quest'ultima specie, una servitù di presa d'acqua era stata acquistata mediante prescrizione per far muovere un molino da concia; questo venne in seguito trasformato in un mulino da olio. La Corte dice che con ciò si sorpassava il possesso primitivo e la destinazione originaria (2).

Queste decisioni sembrano contradditorie. Nelle diverse specie, si trattava di una servitù acquisita per prescrizione. L'interpretazione che le si dà è talora restrittiva, tal altra invece estensiva. Si è sostenuto che la contraddizione non fosse che apparente, che bisognava distinguere: la servitù d'acquedotto, si dice, è illimitata di sua natura, poichè consiste in un volume d'acqua trasmessa al fondo dominante non importa per quale uso; mentre la servitù di presa d'acqua ha un oggetto speciale, sia l'irrigazione, sia un'industria determinata (3). Questa distinzione, è vero, può risultare dalla volontà delle parti contraenti; ma essa non può certamente dedursi nè dalla prescrizione nè dalla natura della servitù; quando l'acquedotto conduce delle acque sul fondo dominante, non è forse per farne un uso determinato, sia questo l'irrigazione od il movimento di un'officina? Dove sta dunque la differenza tra l'acquedotto e la presa d'acqua?

A nostro parere, la servitù basata sulla prescrizione dovrebbe essere sempre interpretata restrittivamente. Essa è fondata d'ordinario sopra un consenso tacito del proprietario contro cui si prescrive. Per interpretare la portata di questo consenso, bisogna tener conto del possesso; è il possesso che obbliga il proprietario a non opporsi all'uso delle acque. Egli vi si opporrebbe se l'uso gli potesse essere pregiudizievole. L'industriale che tollera una presa d'acqua o un acquedotto per irrigazione, non lo farebbe certamente se prevedesse che le acque servirebbero ad uno stabilimento rivale. Non è questo il caso di dire: *tantum praescriptum quantum possessum?*

261. Quando la servitù è costituita per titolo e vi è una scrittura, debbonsi consultare i termini che le parti hanno usato.

---

(1) Nancy, 9 dicembre 1839 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1161, 2.°).
(2) Sentenza di rigetto del 15 gennaio 1834 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1160).
(3) Vedi la nota del commentatore (Dalloz, 1849, 1, 75, nota).

La servitù d'acquedotto, o di presa d'acqua, sarà limitata nella sua applicazione, pel semplice fatto che non le sia stata attribuita una destinazione speciale, agricola od industriale, mentre vi sarebbe invece limitazione quando la si fosse costituita o per l'irrigazione o per una industria determinata. È stato deciso che una presa d'acqua stipulata per l'irrigazione d'una proprietà non può essere adoperata pel movimento di un'officina: la sentenza avverte che questo mutamento nella destinazione delle acque importerebbe un aggravamento della servitù; ora, l'articolo 702 proibisce di rendere più gravosa la condizione del fondo serviente (1). La decisione è giusta, ma è giusto il dire che si tratta nella specie, d'un aggravamento della servitù? Ci sembra che la sia meno una questione di danno, che una questione di diritto. Astrazion fatta da ogni pregiudizio, voi non potete fare sul mio fondo ciò che il vostro titolo non vi consente: ora voi non avete diritto di disporre dell'acqua pel movimento di un'officina; io ho dunque facoltà di oppormivi, perchè esercitate una servitù che non vi è dovuta. Se, al contrario, il diritto alle acque fosse costituito in termini generali, non si potrebbe restringerlo ad una destinazione speciale. Fu giudicato che il diritto di attingere acqua ad una fontana, senza alcuna restrizione, si estende a tutti i bisogni del proprietario, tanto a quelli domestici che all'irrigazione del terreno (2).

Sarebbe lo stesso d'una servitù di passaggio. Un atto di divisione dice che il proprietario del quinto lotto avrà un diritto di passaggio sopra un cortile soltanto per penetrare nella sua porzione di vigna; il proprietario del fondo dominante vi stabilisce una grande coltivazione agricola con capanne, bestiami in gran numero, e pretende di usare del passaggio per i nuovi bisogni del suo fondo. Questa pretesa è stata respinta, e con ragione, poichè la servitù era limitata (3). Un cortile è gravato di un passaggio per dare accesso ad un giardino; la Corte di cassazione ha deciso che la servitù non si poteva estendere ad una casa d'abitazione costruita dal proprietario del fondo dominante, sempre pel motivo che la servitù era limitata dalla sua destinazione speciale (4). Venne giudicato, al contrario, che una servitù di passaggio, costituita in termini generali da un atto di divisione, s'estendesse agli edificii eretti posteriormente alla divisione medesima (5).

---

(1) Sentenza di rigetto del 5 maggio 1857 (Dalloz, 1857, 1, 297). Del pari, la servitù di presa d'acqua costituita per un vivaio non può estendersi all'irrigazione. (Sentenza di rigetto del 5 maggio 1868, in Dalloz, 1868, 1, 336).

(2) Liegi 19 gennaio 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 74).

(3) Lyon, 27 giugno 1849 (Dalloz, 1850, 5, 427).

(4) Sentenza di rigetto della sezione civile dell'8 aprile 1868 (Dalloz, 1868, 1, 296).

(5) Caen, 27 agosto 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1162, 4).

262. I bisogni del fondo dominante possono mutare. A quale epoca si dovrà aver riguardo per determinarne i limiti? Dumoulin dice che si debbono apprezzare i bisogni, prendendo in considerazione lo stato in cui si trovava il fondo al momento della costituzione della servitù (1). Bisogna guardarsi bene dal far di questo principio una regola assoluta, come sembra sia nel concetto di Demolombe. Il principio implica una servitù ristretta ai bisogni del fondo, il che suppone una servitù limitata, di cui si tratta di precisare i confini. Ora, può darsi che una servitù sia stabilita in vista dei bisogni attuali e futuri; in questo caso, non può più parlarsi di ricercare la misura dei bisogni all'epoca in cui è stata costituita. Bisogna inoltre eccettuare il caso in cui la servitù sia limitata ad un uso particolare; devesi quindi interpretarla piuttosto in un senso estensivo che in un senso restrittivo. Infatti, i bisogni attuali sono quelli del proprietario del fondo dominante; ora la servitù è stipulata, non in vista della persona, ma del fondo, dunque in riguardo a bisogni variabili. È stato deciso, nel senso della nostra opinione, che non occorreva di preoccuparsi della professione, delle abitudini di colui che stipula la servitù, se questa sia costituita senza restrizione. In un atto di vendita fatto da un'abbadessa, si legge: « I compratori non potranno praticare luci, finestre, o spiragli, nè altri fori di qualunque specie sugli edificii della abbazia; gli abbaini che essi stabilissero nei tetti delle loro case non potranno esser fatti che dalla parte della nuova strada, di guisa che i detti edificii non possano essere giammai onerosi nè pregiudizievoli all'abbazia ». L'abbazia fu venduta come bene nazionale. Insorse questione di sapere se la servitù costituita in termini così estesi lo fosse stato per speciale considerazione alle signore dell'abbazia. La Corte di Metz la risolvette in senso negativo. Vi sarebbe stato qualche motivo di dubitare se si fosse applicato il principio di Dumoulin, come lo interpreta Demolombe. Ma i termini erano così generali che sarebbe stato impossibile di considerare la servitù come ristretta: perciò non si poteva invocare una regola d'interpretazione che suppone una servitù limitata (2).

II. — Restrizione risultante dalla libertà del fondo serviente.

263. L'articolo 702 prescrive: « Colui che ha un diritto di servitù non può usarne che a norma del suo titolo, senza che, tanto nel fondo serviente, quanto nel dominante, possa inno-

(1) DUMOULIN, *De divid. et indiv.*, part. III, n. 83. Confronta DEMOLOMBE, t. XII, p. 373, n. 850.

(2) Metz, 6 giugno 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 150).

vare cosa alcuna la quale *renda più onerosa* la condizione del primo. Talvolta si confonde il caso d'aggravamento previsto dall'articolo 702 con la restrizione risultante dall'*obbietto della servitù*. Le due ipotesi sono diverse e regolate da principii differenti. Nella prima, si tratta di conoscere se la servitù può essere estesa a fondi a riguardo dei quali non venne stabilita, od applicata ad un uso pel quale non è stata costituita. É una questione di diritto, nel decidere la quale il magistrato non deve preoccuparsi del pregiudizio che risulterà dall'estensione della servitù; egli non deve considerare che il diritto del proprietario del fondo dominante. Al contrario l'articolo 702 suppone non esservi alcun dubbio sull'esistenza della servitù: il diritto del proprietario della servitù è constatato; non si tratta altro che del suo esercizio; può egli fare dei mutamenti nel suo fondo o nel fondo serviente? La legge distingue. Se l'innovazione non rende più onerosa la condizione del fondo soggetto, il proprietario del fondo dominante può farla; il divieto si limita alle innovazioni che siano di tal natura d'aggravare la condizione del fondo serviente. L'aggravamento è dunque una questione di pregiudizio. Tuttavia la dottrina e la giurisprudenza non applicano il principio con rigore; si esige che il danno sia sensibile perchè il proprietario del fondo serviente possa dolersi. Ciò ha radice nella tradizione: già Dumoulin vi aggiungeva questa riserva ed essa si spiega colla natura delle servitù. Queste sono qualità del fondo dominante; ora i fondi non sono immutabili; l'interesse dei proprietarii, d'accordo con l'interesse pubblico, vuole che la coltivazione, che l'esercizio possano modificarsi; ed ogni innovazione sul fondo apporta il più delle volte una innovazione nella servitù. Donde potrà risultare un aggravamento dell'onere: se questo è tale che le parti se lo dovevano attendere, esso è previsto e perciò consentito anticipatamente. É in questo senso che bisogna intendere il principio ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza (1). La questione di sapere se vi è aggravamento è dunque essenzialmente una questione di fatto. Spetta al giudice del fatto apprezzare il danno che risulta dall'innovazione operata dal proprietario del fondo dominante. Se egli constata che l'innovazione non è di tal natura da nuocere al fondo dominante, la decisione non potrà essere riformata dalla Corte di cassazione (2).

264. Vi è un caso frequentissimo in cui i proprietarii dei fondi servienti si dolgono delle innovazioni fatte sul fondo dominante e dell'aggravamento della servitù che ne risulta: quando cioè aumenta il numero di coloro che usano della servitù. La legge pre-

(1) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 93, nota 18, e da DEMOLOMBE, t. XII, p. 375, n. 852.

(2) Sentenza di rigetto del 26 luglio 1854 (DALLOZ, 1855, 1, 338) e del 15 aprile 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 339).

vede un'ipotesi sulla quale ritorneremo in appresso, quella cioè della divisione, per causa d'eredità, del fondo dominante; la servitù, dice l'articolo 700, rimane dovuta per ciascuna porzione quantunque il numero delle persone che ne usano aumenti necessariamente; la legge non considera la servitù come aggravata, dove questa venga sempre esercitata nello stesso modo, se, per esempio, il passaggio è sempre quello in uso prima della divisione. Ciò dimostra che, secondo lo spirito della legge, non vi è aggravamento quando un maggior numero di persone esercitano la servitù. L'edificio in favore del quale è costituito un passaggio viene ingrandito, innalzato, col conseguente aumento nel numero degli abitanti che si valgono del passaggio: venne tuttavia giudicato che non ne risultava un aggravamento della servitù. Coloro che han consentita la servitù, dice la Corte di Rouen, dovettero prevedere che gli edifici avrebbero potuto essere ampliati (1); è questa una conseguenza necessaria dell'accrescimento della popolazione. In generale, la servitù non può essere estesa a fondi nuovi, annessi al fondo dominante, la qual cosa, più che un aggravamento di servitù, sarebbe la creazione di una servitù nuova. La Corte di cassazione ha deciso tuttavia che se il giudice del fatto ha ritenuto che l'ingrandimento del fondo dominante, lungi dal costituire un aggravamento di servitù, diminuisce la frequenza del passaggio, il proprietario del fondo serviente non ha diritto di dolersi (2). Noi dubitiamo che questa decisione sia in armonia col rigore dei principii; essa è molto equa, ma viola il diritto del fondo serviente gravandolo di un onere cui non era soggetto pel titolo costitutivo; vi sia pregiudizio o no, la servitù non può essere esercitata a vantaggio di un fondo pel quale non era stata stipulata.

La questione si fa più difficile quando la destinazione della casa viene affatto mutata. Una casa civile è trasformata in un caffè, in un circolo: la servitù di passaggio non è aggravata da questo mutamento? La Corte di cassazione ha confermata una sentenza che si pronunziava per l'affermativa (3). Nella specie, vi era ben più che un semplice aggravamento atteso il gran numero di persone che traevano profitto dal passaggio; vi era eziandio l'estensione della servitù a due case annesse al fondo dominante; giusta l'opinione che abbiamo insegnata, il proprietario del fondo dominante aveva ecceduto il suo diritto, e per conseguenza il proprietario del fondo serviente aveva facoltà d'agire, pur astraendo da qualunque danno. Che bisognerebbe decidere se vi fosse semplice mutamento di destinazione? Ci sembra che l'aggravamento sia incontestabile.

(1) Rouen, 11 marzo 1846 (DALLOZ, 1849, 2, 93).
(2) Sentenza di rigetto del 28 giugno 1865 (DALLOZ, 1866, 1, 153).
(3) Sentenza di rigetto del 15 aprile 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 338).

Io consento il passaggio a favore d'una casa borghese; debbo attendermi che il numero degli abitanti aumenti e che l'edificio s'ingrandisca. Ma mi si potrà imporre altresì che la casa sia trasformata in un caffè, in un circolo, che vi si tengano balli, e che di giorno e di notte il passaggio si eserciti con strepito e gridio? No, certo. Noi non possiamo dunque approvare una sentenza la quale ha deciso non esservi aggravamento della servitù di passaggio nella costruzione di un edificio sul fondo dominante o nell'esservi stabilita una casa di tolleranza. I fatti medesimi che la sentenza constata depongono contro la decisione della Corte; tale trasformazione, dice essa, apporta una estensione ben deplorevole alla servitù e cagiona un notevole pregiudizio al proprietario del fondo serviente. Perchè, ciò non ostante, la Corte si è pronunciata contro il proprietario del fondo serviente? Perchè l'articolo 702 esige delle innovazioni nello stato dei luoghi (1). Con ciò, ci sembra, si viene a dare alla legge un significato troppo ristretto; dal momento che vi è estensione della servitù e pregiudizio notevole, vi è violazione del titolo, e, astrazion fatta dal testo dall'articolo 702, vi sarebbe azione. Nella specie, del resto, vi era di mezzo la costruzione d'una casa. Un tal fatto non costituiva forse una innovazione nello stato dei luoghi? Senza dubbio i termini del titolo debbono esser presi in considerazione, e si può ammettere una interpretazione estensiva fondata sulla volontà delle parti. Si dirà che colui il quale ha consentito un passaggio attraverso un terreno non fabbricato, indendesse accordare un passaggio a coloro che frequentano uno di quegli orribili rifugi che la tolleranza apre alla dissolutezza?

265. Il proprietario del fondo dominante può domandare che sia spostato il luogo pel quale si esercita la servitù? Bisogna anzitutto vedere a chi appartenga di determinare questa località. La questione era già controversa nell'antico diritto. Dumoulin applicava alla servitù la regola d'interpretazione che si segue in materia di convenzione; nel dubbio la convenzione si interpreta in favore del debitore (art. 1162). Quest'opinione è ancor sostenuta sotto l'impero del codice, e l'articolo 701 sembra favorirla permettendo al proprietario del fondo serviente di domandare il cambiamento del luogo per l'esercizio della servitù, mentre non vi è alcun testo che attribuisca questo diritto al proprietario del fondo dominante. Noi crediamo con Demolombe che, nel silenzio del titolo, e se le parti non sono d'accordo, il giudice debba decidere e, facendolo, possa tener calcolo della libertà del fondo debitore della servitù. Attribuire al proprietario del fondo serviente la scelta del luogo destinato all'esercizio della servitù, è aggiungere al titolo, e non inter-

---

(1) Agen, 4 luglio 1855 (Dalloz, 1857, 2, 95).

pretarlo. Quanto alla legge, essa è muta. L'articolo 701 suppone il caso che il luogo sia stabilito e che si tratti di mutarlo. Quando dunque la località non è ancora fissata, non vi è nè legge nè titolo; ciò significa che occorre il consenso delle parti, e che, se non s'accordano, la decisione dovrà domandarsi all'autorità giudiziaria (1).

Se è stabilito il luogo per l'esercizio della servitù, può il proprietario del fondo dominante chiederne lo spostamento? Si suppone che questa innovazione non aggravi il peso del fondo serviente; l'articolo 702 ed i principii si oppongono a qualunque aggravamento. Se la condizione del fondo serviente non è aggravata dalla innovazione, i tribunali dovranno accordarla, ci sembra, non ostante il rifiuto del proprietario del fondo serviente. La legge permette il cambiamento di luogo sopra domanda di costui (art. 701); ora, la condizione delle parti non dev'essere eguale? E vi è una ragione per ricusare ad uno ciò che si accorda all'altro? S'invoca la lettera dell'articolo 701; è questo l'argomento addotto dalla giurisprudenza (2). A nostro parere, esso ha poco valore; il silenzio della legge è in generale un criterio poco valido di decisione. Una più seria ragione di dubbio non manca, ed è che i tribunali non hanno il potere di modificare i titoli; occorre, per ciò, il consenso delle parti e un testo di legge. Noi rispondiamo che in materia di servitù, la legge s'allontana da questo principio. L'articolo 702 accorda al proprietario del fondo dominante il diritto di fare innovazioni che non aggravino la condizione del fondo serviente; l'articolo 701 permette al proprietario del fondo serviente di domandare uno spostamento nell'esercizio della servitù. Dunque, secondo il testo medesimo del codice, nulla vi è d'immutabile in questa materia. Tanto l'interesse generale, quanto l'interesse delle parti, si oppongono a questa immutabilità. E se si ammette che il luogo pel quale la servitù si esercita può essere cambiato sulla domanda del proprietario del fondo serviente, si deve, per analogia, accordare il medesimo diritto al proprietario del fondo dominante (3).

266. Suppongansi che colui il quale ha una servitù faccia delle innovazioni che rendono più onerosa la condizione del fondo serviente: quali saranno i diritti del proprietario di questo? S'intende da sè ch'egli può domandare la distruzione delle opere, e, quando ne sia il caso, il risarcimento del danno. Potrà altresì agire in possessorio? L'affermativa è stata decisa più volte dalla Corte di cassazione, e non è dubbia. Una servitù di acquedotto è destinata all'esercizio di un'officina, mentre non

---

(1) Vedi le diverse opinioni di DEMOLOMBE, t. XII, p. 365, n. 843.

(2) Sentenza di Cassazione del 16 maggio 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude* n. 1161, 1.°) e del 1.° dicembre 1863 (DALLOZ, 1864, 1, 124).

(3) È questa l'opinione di VALETTE (MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 817, 5.°). L'opinione generale è contraria (DEMOLOMBE, t. XII, p. 368, n. 845).

era stata stabilita a quest'uso; simile innovazione costituisce un aggravamento di servitù, dice la Corte, e ne risulta una turbativa di possesso a danno del proprietario del fondo serviente, che si deve quindi ritenere autorizzato ad agire in via possessoria (1). Bisogna dire di più: non si tratta solo di un aggravamento di servitù, ma della creazione di una servitù nuova, e quindi d'una usurpazione di proprietà, che importa una turbativa di possesso. Ma se la servitù non è estesa a nuovi fondi o ad un nuovo uso, se vi è semplice cangiamento nell'esercizio di essa, allora bisogna vedere se il cangiamento costituisce un aggravamento; se questo non esiste, il proprietario del fondo serviente non può agire, nè in possessorio, nè in petitorio. Una proprietà è gravata dalla servitù di scolo delle acque domestiche di un Comune; in luogo di lasciar scorrere le acque allo scoperto, uno degli abitanti (era un convento) le conduce per un canale sotterraneo; vi è in questo fatto aggravamento della servitù e per conseguenza turbativa di possesso? Il giudice del fatto constatò che il proprietario del fondo serviente non soffriva alcun pregiudizio da una tale innovazione; non vi era dunque aggravamento nel senso legale, perciò non vi era azione (2).

§ IV. — *Obblighi e diritti del proprietario del fondo serviente.*

N. 1. — Obblighi.

267. Il proprietario del fondo serviente è tenuto a soffrire o a non fare, secondo che la servitù è affermativa o negativa (n. 143). A termini dell'art. 701, egli nulla può compiere che tenda a diminuire l'uso della servitù od a renderla più incomoda. La legge porge un'applicazione del principio aggiungendo: « per conseguenza non può variare lo stato dei luoghi, nè trasferire l'esercizio della servitù in una località diversa da quella dove fu originariamente stabilita ». Forse che ogni cangiamento dello stato dei luoghi è proibito, anche quando non ne risulti alcun pregiudizio pel proprietario del fondo dominante? Ci sembra che bisogna applicare alla *diminuzione* della servitù, risultante dalle innovazioni del proprietario del fondo serviente, il principio che la dottrina e la giurisprudenza ammettono per lo *aggravamento* della servitù che risulti da opere eseguite dal proprietario del fondo dominante (n. 263). La condizione delle due parti dev'essere uguale, e le ragioni di decidere sono le medesime. Una sentenza della Corte di cassazione

(1) Sentenza di Cassazione del 10 agosto 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 358).
(2) Sentenza di rigetto del 29 dicembre 1858 (DALLOZ, 1859, 1, 111).

sembra tuttavia abbia pronunziato in senso contrario. Nella specie si trattava di una servitù di scolo delle acque piovane; il proprietario del fondo serviente voleva innalzare talune costruzioni contro il muro comune da cui cadevano le acque, il che rendeva necessario lo spostamento dello scolo. Egli sosteneva che questa modificazione non cagionava alcun pregiudizio al vicino. Nondimeno le sue pretese furono respinte. Vi era però in questa specie una circostanza speciale che bisogna rilevare affinchè non si dia alla sentenza una portata che non ha. Il titolo costitutivo della servitù disponeva espressamente che lo stato dei luoghi rimarrebbe il medesimo (1). Questa clausola toglieva al giudice ogni facoltà di apprezzamento. Si poteva, almeno, dare a tal clausola una cosiffatta interpretazione, nè la Corte di cassazione aveva potere di censurarla per questo. Non si tratta dunque di una sentenza in tesi di diritto.

268. Quando esiste il danno? La questione evidentemente è di fatto, e dev'essere decisa secondo le risultanze della causa. Basta che l'uso della servitù sia meno comodo, giusta il testo della legge, perchè il proprietario del fondo dominante abbia diritto di agire. La servitù è spesso una questione di comodità, di piacere anche; bisogna dunque tener conto di questa considerazione. Perciò il proprietario del fondo gravato d'una servitù di passaggio non potrebbe coltivare il terreno sul quale viene esercitato: questo dev'essere un sentiero od una strada, il che esclude qualunque coltivazione (2). La larghezza della strada di passaggio fa sorgere spesso conflitto fra gl'interessi dei due proprietari. Se il titolo non la determina, bisogna vedere qual sia la destinazione del passaggio medesimo. Fu giudicato che un sentiero poteva ridursi a soli quattro piedi di larghezza poichè doveva servire soltanto per pedoni (3). Se il titolo determina la larghezza, esso forma legge fra le parti, e sarebbe assai difficile di restringerla, se non appoggiandosi alla intenzione dei contraenti.

La giurisprudenza applica questi principii anche alla servitù legale di passaggio. Fu giudicato che il proprietario il cui fondo trovasi da ogni parte circondato, può opporsi alla coltivazione della striscia di terra che serve di strada, allorchè il passaggio vi si esercita da oltre trent'anni. Noi ammettiamo volontieri con la Corte di Metz che le saggie disposizioni dell'art. 701 si applicano al passaggio in caso d'interchiusura (4). Vi è tuttavia una grandissima differenza tra un passaggio pattizio ed un passaggio esercitato a titolo di necessità. Secondo

(1) Sentenza di rigetto del 19 maggio 1824 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, numero 1172, 4.°).
(2) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 97, nota 2.
(3) Parigi, 3 aprile 1837 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1002, 1.°).
(4) Metz, 19 gennaio 1858 (DALLOZ, 1858, 2, 200).

l'opinione che abbiamo insegnata (n. 93 e seg.), il proprietario del fondo serviente in virtù della legge conserva una libertà maggiore; egli può mutare la coltivazione, e quindi anche cambiare il luogo per cui il passaggio si esercita. Su questo punto facciamo rinvio a quanto abbiamo già detto. Non si deve concluderne che il proprietario del fondo serviente rimanga libero di fare sul fondo ciò che vuole; egli è debitore del passaggio e non può ostacolarlo o, peggio ancora, renderlo impossibile: in questo senso le regole dell'art. 701 debbono ricevere la loro applicazione (1).

269. Può darsi che i cangiamenti fatti sul fondo serviente non arrechino alcun pregiudizio al proprietario del fondo dominante; in questo caso costui non ha diritto di agire. A vantaggio di una rimessa si è costituita una servitù di luce: solo obbietto di questa è di rischiarare il fondo dominante. Il proprietario del fondo serviente eseguisce talune costruzioni che diminuiscono la luce; ma il giudice constata che tali opere non rendono la rimessa più oscura di quello che abitualmente siano gli edificii di tal natura, e che vi giunge ancora luce sufficiente da permettere al proprietario di dedicarsi alle operazioni cui la rimessa è destinata. Non vi era dunque alcun pregiudizio; legalmente parlando, la servitù non era sminuita quantunque vi fosse diminuzione di luce. La Cassazione decise che la sentenza impugnata non violava l'art. 701, poichè l'apprezzamento del fatto spettava interamente alla Corte d'appello (2).

270. Da ciò non deve dedursi che la cassazione non possa mai controllare le decisioni rese in questa materia dai giudici del fatto. Se la sentenza che si impugna constati che i cambiamenti fatti nello stato dei luoghi nuocciono al fondo dominante e nondimeno essa rigetti l'istanza del proprietario di questo, la violazione della legge sussiste e vi è quindi luogo al rimedio della cassazione. Nel processo verbale di un giudice di pace si legge che le nuove costruzioni elevate sul fondo serviente erano un ostacolo a che la luce penetrasse dalla finestra del fondo dominante; pregiudizio ben lieve pel momento ma che avrebbe potuto divenir considerevole in seguito. La Corte di Parigi rigettò l'istanza del proprietario della casa: la sua sentenza fu cassata per violazione dell'art. 701 (3). In un'altra specie esisteva egualmente una servitù di luce esercitata per mezzo di quattro finestre che affacciavano sopra un cortile. Il proprietario del fondo serviente costruì nel suo cortile un tetto a cristalli al di sopra delle finestre. La sentenza constata che il tetto non intercettava la luce e non cagionava alcun

(1) Pau, 10 novembre 1862 (Dalloz, 1866, 5, 433).
(2) Sentenza di rigetto dell'8 luglio 1857 (Dalloz, 1857, 1, 335).
(3) Sentenza di Cassazione del 18 maggio 1835 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1171, 2.°).

pregiudizio al fondo dominante. Essa fu nondimeno cassata, perchè eravi contraddizione fra la decisione della Corte ed i fatti, giacchè la costruzione del tetto a vetrate diminuiva necessariamente l'uso della servitù; vi era dunque violazione dell'art. 701 (1).

271. Se i cambiamenti apportano una diminuzione della servitù, il proprietario leso può domandare la soppressione delle opere ed il risarcimento dei danni, ove del caso. Avrebbe lo stesso diritto contro il successore di colui che ha fatto i mutamenti? Egli può, certamente, pretendere la distruzione dei nuovi lavori contro qualunque detentore del fondo serviente; è questa una conseguenza della realtà del suo diritto. Ma potrebbe altresì reclamare contro il terzo detentore, il risarcimento del danno? La negativa ci sembra evidente, non ostante il dissenso di Demolombe. Donde origina l'obbligo alla rifazione dei danni? Da un fatto nocivo, e, se vi è contratto, dall'inadempimento di un'obbligazione; in ogni ipotesi, da una colpa; ora, le colpe sono personali al pari delle conseguenze che ne derivano; debitore non è dunque il fondo, sibbene il proprietario che ha fatto i mutamenti da cui risulta la diminuzione delle servitù. Si obbietta che l'obbligazione di non diminuire l'uso della servitù scaturisce da questa e ne assume il carattere reale, nel modo istesso che è reale, in virtù dell'art. 698, l'obbligazione di compiere le opere necessarie all'esercizio della servitù. Il ragionamento è affatto erroneo. L'art. 698 è un'eccezione ai principii generali; bisogna dunque guardarsi dal farne una regola, estendendolo a tutte le obbligazioni che potrebbe contrarre il proprietario del fondo serviente; queste obbligazioni sono personali per loro essenza, dunque non danno luogo che ad un'azione personale contro il debitore. Vi è una sentenza della Corte di cassazione in senso contrario; noi crediamo inutile di prenderla in esame: dalle circostanze affatto speciali che l'hanno dettata è facile vedere che si tratta piuttosto d'una questione di fatto che di dottrina. Ma se pur fosse una decisione di diritto, non bisognerebbe tenerne alcun conto; non vi è autorità, per grande che sia, la quale possa trasformare un diritto da personale in reale; il solo legislatore ne ha la facoltà. Così egli fece nel caso previsto dell'art. 698; ma precisamente perchè questa disposizione è così esorbitante dal diritto comune, bisogna restringerla alla ipotesi per la quale è stata emanata (2).

---

(1) Sentenza di Cassazione del 15 gennaio 1840 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1272, 1.°).

(2) AUBRY e RAU, t. III. p. 98, e nota 4. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XII, p. 416, n. 895. Confronta sentenza di rigetto del 16 aprile 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1172, 2.°).

N. 2. — Diritti.

272. Il proprietario del fondo che deve la servitù rimane proprietario; egli può dunque usare del suo diritto di proprietà, con questa restrizione tuttavia che, siccome il suo diritto è smembrato, egli nulla può fare che sia contrario al diritto del proprietario del fondo dominante. È stato deciso che quegli il cui fondo è gravato d'una servitù di passaggio conserva la libera disposizione del suolo serviente, che può fare quindi al disopra e al disotto di questo tutti i lavori che giudica convenienti, a condizione di lasciare al passaggio l'altezza e la larghezza necessarie pel pieno esercizio della servitù (1). Il proprietario può altresì usare del suo diritto di esclusione impedendo al proprietario del fondo dominante di praticare delle vedute sulla strada che serve di passaggio. S'intende da sè che il diritto di passaggio non implica quello di veduta. Il proprietario del fondo serviente può dunque opporsi a che nulla si compia sopra di questo, all'infuori dell'onere cui è sottoposto. Egli può per conseguenza elevare delle costruzioni che ostruiscano le finestre del vicino, purchè non arrechino ostacolo all'uso della servitù di passaggio, la sola che gravi il suo fondo (2).

273. Il proprietario del fondo serviente può occluderlo? Si, certo, se la chiusura non diminuisce l'uso della servitù e non la rende più incomoda. Quest'ultima espressione dell'art. 701 fa nascere una difficoltà. Quegli il cui fondo è gravato d'una servitù di passaggio può chiuderlo, se la chiusura non ostacola l'esercizio del passaggio (3). Questo diritto non è contestato, non ostante i termini restrittivi dell'art. 647 che sembra apportarvi una eccezione nel caso di passaggio per interchiusura. Noi rinviamo a ciò che ne scrivemmo nel tomo VII (n. 441). Ma quando si può dire che la chiusura ostacola o diminuisce o rende più incomoda la servitù di passaggio? È piuttosto una difficoltà di fatto che di diritto; essa ha dato luogo a decisioni contradditorie rese dalla medesima Corte. La Corte di Bruxelles ha giudicato che il proprietario può stabilire delle barriere per chiudersi, ma non può usare serrature con chiavi, anche offrendo di consegnare queste ultime in triplo od anche in maggior numero al proprietario del fondo dominante. Questa decisione si attacca alla lettera dell'art. 701; è certo che l'uso della servitù sarebbe più incomodo, poichè il proprietario del fondo dominante dovrebbe esser sempre munito d'una chiave per passare, e basterebbe che la dimenticasse per non poter più valersi

(1) Aix, 19 gennaio 1855 (Dalloz, 1857, 2, 32).
(2) Parigi 14 agosto 1851 (Dalloz, 1854, 5, 702)
(3) Aubry e Rau, t. III, p. 98, e nota 5.

del proprio diritto (1). La osservazione è vera, ma non è forse troppo rigorosa? Anche il proprietario di una casa deve munirsi di chiave per entrare in casa sua, e se la dimentica può trovarsi nell'impossibilità momentanea di farlo: è questo un inconveniente, ma può forse raffrontarsi a quelli che possono sorgere dal fatto di lasciare una proprietà non chiusa? Una barriera che non si chiude a chiave non è una chiusura. Noi preferiamo un'altra decisione della medesima Corte in caso d'interchiusura; questa concesse al proprietario del fondo serviente di chiudersi mediante una barriera a chiave (2). I motivi, bisogna confessarlo, non sono troppo giuridici. La sentenza dice che i tribunali hanno mandato, in materia di servitù, di conciliare l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà. Ora il codice civile dice ciò appunto per quello che riflette i diritti dei rivieraschi d'un corso d'acqua non navigabile; ma in questo caso non si hanno di fronte diritti assoluti, dal momento che il diritto di ciascun rivierasco è limitato da quelli degli altri. La Corte cita ancora gli articoli 700 e 702 che danno ai tribunali un certo potere di apprezzamento. Ma hanno essi la medesima latitudine nell'applicazione dell'art. 701? Tutto ciò che può dirsi è che l'*incomodo* è una questione di fatto; i tribunali possono dunque decidere che se il fondo serviente è chiuso da una barriera a chiave l'uso della servitù non è più incomodo, poichè la chiave basta per aprire la barriera.

274. Il proprietario del fondo serviente può servirsi di questo pel medesimo uso pel quale la servitù è stata stabilita? Si suppone naturalmente che il titolo non attribuisca al proprietario del fondo dominante un diritto esclusivo. Salvo convenzione contraria, quegli il cui fondo è gravato d'una servitù può usare della sua proprietà, non a titolo di servitù, poichè *res sua nemini servit*, ma in virtù del suo diritto di dominio. Nulla vi è d'incompatibile nel concorso dei due diritti di proprietà e di servitù esercitantisi nel medesimo fondo; io posso passare sul terreno che mi appartiene, in qualità di proprietario, e voi potete passarvi in virtù del vostro diritto di servitù. S'intende da sè che, in questo caso, il proprietario del fondo serviente non è più tenuto a sopportare da solo le spese che l'esercizio della servitù rende necessarie; dal momento che l'uso è comune, le spese debbono dividersi in proporzione del godimento di ciascuno. Vi è una servitù che regolarmente implica questa comunione d'uso, cioè la servitù di torchio, val dire il diritto di valersi del torchio altrui per le raccolte che provengono dal nostro fondo. La consuetudine vuole, in talune località, che il proprietario del fondo dominante si serva del

(1) Bruxelles, 26 febbraio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 246).
(2) Bruxelles, 3 maggio 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 301).

torchio una settimana sopra cinque: esso deve quindi contribuire per un quinto alle riparazioni (1).

275. Può il proprietario del fondo serviente domandare lo spostamento della servitù? L'art. 701 comincia a dire che costui non può mutare lo stato dei luoghi, nè trasportare l'esercizio della servitù in un luogo diverso da quello in cui è stata originariamente stabilita; indi stabilisce una restrizione a questa regola. Se la costituzione primitiva fosse divenuta più onerosa al proprietario del fondo serviente, o se impedisse di farvi delle riparazioni vantaggiose, egli potrebbe offrire al proprietario dell'altro fondo una località altrettanto comoda per l'esercizio dei suoi diritti nè questi potrebbe ricusarla. Tale disposizione è di notevole importanza. Essa prova che le servitù nulla hanno d'assoluto, ma possono essere modificate da considerazioni d'equità. Non è lo stesso delle obbligazioni convenzionali; esse tengono luogo di legge fra le parti, ed il giudice non può, più delle parti stesse, modificarle appellandosi all'equità, salvo che la legge non gli conferisca espressamente questo diritto. Avrebbe dovuto applicarsi il medesimo principio alle servitù costituite per convenzioni, se il legislatore non avesse derogato al rigore dei principii. Noi abbiamo già riscontrate parecchie di queste eccezioni. Lo stato dei luoghi può essere mutato dalle parti interessate, purchè da queste innovazioni non risulti danno ad alcuno dei vicini (n. 94, 269). Egli è lo stesso del luogo destinato all'esercizio della servitù. La legge suppone che vi sia stata una destinazione primitiva, il che implica una convenzione, salvo che la servitù non sia costituita per testamento. Non ostante questa convenzione, il proprietario del fondo serviente può chiedere lo spostamento della servitù. E se le sue offerte sono conformi all'articolo 701, l'altro proprietario non può ricusarle. È dunque la volontà di una delle parti che viene a modificare la legge del contratto. Perchè il codice permette ad uno dei contraenti, non ostante il rifiuto dell'altro, di modificare la convenzione, quando si tratta di servitù? Ne abbiamo già detta la ragione. Le servitù restringono l'esercizio della proprietà a vantaggio del fondo dominante. Queste restrizioni non debbono compromettere l'interesse generale. Ora, esse potrebbero nuocervi grandemente ostacolando il miglioramento della coltura od il perfezionamento delle costruzioni, il che interessa l'industria. Importa dunque che vi sia una certa latitudine per conciliare l'interesse pubblico e quello dei privati che hanno costituita la servitù.

Ecco perchè si ritiene che non sia permesso alle parti contraenti di rinunciare al diritto che la legge loro accorda di modificare le loro convenzioni, anche per la volontà d'una di

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 99 e note 8 e 9. Demolombe, t. XII, p. 456, n. 935.

esse (1). In teoria, quest'opinione è incontestabile, poichè non può essere consentito di derogare a ciò che è d'interesse generale, e noi supponiamo che vi sia in causa l'utile pubblico. Ma l'applicazione è molto delicata. Ogni servitù grava l'esercizio della proprietà ed ostacola per conseguenza più o meno l'agricoltura e l'industria. Tuttavia il proprietario del fondo serviente non può liberarsi da quest'onere; la legge non gli permette il riscatto. In questo senso, le convenzioni che stabiliscono le servitù sono irrevocabili e gli obblighi che esse costituiscono sono perpetui. Il vantaggio che il fondo dominante ritrae dalle servitù è un compenso agli inconvenienti ed agli ostacoli che ne risultano pel fondo serviente. È sempre vero però che appunto in causa della perpetuità della servitù, importa che l'esercizio ne possa essere modificato, a fine di permettere al proprietario del fondo serviente tutti i miglioramenti che sono compatibili coi diritti del proprietario del fondo dominante. Ma altresì, per identità di motivo, bisogna concedere il medesimo diritto al proprietario del fondo cui la servitù è dovuta (n. 265).

276. Noi abbiamo supposto che lo spostamento della servitù possa essere domandato ancorchè il titolo determini il luogo in cui la medesima deve essere esercitata. Su questo punto vi è qualche esitanza nella giurisprudenza (2). Il testo dice che la *destinazione primitiva* può essere cambiata; questa destinazione, come abbiamo detto, implica una convenzione espressa o tacita, e la convenzione espressa ordinariamente si troverà nel titolo. Quanto allo spirito della legge, ci sembra che i motivi che abbiamo sviluppati non lascino alcun dubbio sulla questione.

Abbiamo presupposto altresì che lo spostamento della servitù possa farsi colla sola volontà del proprietario del fondo serviente. Tuttavia venne giudicato più volte il contrario (3). Bisogna intendersi bene: in sostanza, tutti sono d'accordo, e non vi è dubbio possibile, poichè il testo della legge è positivo. Evidentemente il proprietario del fondo serviente non può, senza ragione, domandare che la servitù sia spostata; l'articolo 702 determina le condizioni sotto l'osservanza delle quali può esercitarsi questo diritto. Lo spostamento non dipende dunque dal suo capriccio. Egli non può farlo neppure senza il concorso del suo vicino, poichè la legge dice ne lo deve richiedere presentandogli delle offerte; ma siccome il proprietario del fondo dominante non può rifiutarle, è sempre vero il dire che il titolo costitutivo è modificato dalla volontà d'una delle parti.

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 100 e nota 13. Demolombe, t. XII, p. 426, n. 905.

(2) Pau, 9 febbraio 1835 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1182). Montpellier, 23 luglio 1846 (Dalloz, 1847, 2, 70).

(3) Demolombe, t. XII, p. 423, n. 902. Bruxelles, 31 maggio 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 196).

277. L'articolo 701 non parla che dello spostamento della servitù. Bisogna applicarlo per analogia all'esercizio della servitù? Vi è una sentenza in questo senso: il proprietario del fondo serviente può domandare un cambiamento, dice la Corte di Montpellier, se la modificazione che reclama non può nuocere direttamente nè indirettamente, nel presente e nell'avvenire, al fondo dominante, nè diminuire l'utilità che questo fondo ritrae dalla servitù, o rendere l'esercizio di questa più incomodo (1). È certo che il motivo di decidere è uguale in entrambi i casi. Tuttavia la questione è ancor dubbia. Non sempre si può ragionare per analogia, non lo si può quando si tratta d'eccezioni. Ora l'articolo 701 non è forse un'eccezione all'immutabilità del titolo? Il testo istesso sembra restrittivo. Il secondo alinea dice che il proprietario del fondo serviente non può cambiare lo stato dei luoghi nè spostare la servitù; indi il terzo alinea permette lo spostamento sotto talune condizioni, ma non attribuisce il medesimo diritto pel cangiamento dello stato dei luoghi. Sembra dunque che conservi l'immutabilità del titolo in quanto concerne l'esercizio della servitù. Nondimeno crediamo che la Corte di Montpellier abbia rettamente giudicato. A vero dire, la disposizione dell'articolo 701 non è eccezionale; ma è piuttosto l'applicazione di un principio che il codice segue in materia di servitù; questo principio, come venne da noi stabilito, è precisamente quello della mutabilità del titolo; i bisogni del fondo variano, e siccome la società è interessata a che la servitù non non ostacolino le innovazioni divenute necessarie, la legge ha dovuto permettere alle parti di modificare l'esercizio della servitù. Ora, se essa permette di cambiare il sito della servitù, deve, per identità di motivo, consentire che venga mutato lo stato dei luoghi.

§ V. — *Effetti della divisione del fondo dominante e del fondo serviente.*

N. 1. — Divisione del fondo dominante.

278. L'articolo 700 suppone che il fondo dominante venga *diviso;* esso decide che la servitù rimane dovuta per ciascuna porzione. Quando vi è *divisione* nel senso della legge? E perchè questa conserva la servitù per ciascuna porzione del fondo dominante? La divisione dei fondi si fa ordinariamente quando il proprietario del fondo dominante muoia lasciando più eredi. Può esservi altresì divisione quando il proprietario vende il suo fondo in parte. La legge non distingue per quali cause la di-

(1) Montpellier, 23 luglio 1816 (DALLOZ, 1847, 2, 70).

visione si faccia; bisogna dunque decidere che in tutti i casi la servitù riman dovuta per ciascuna porzione. Pardessus crede che in caso di vendita, il proprietario del fondo serviente avrebbe un'azione di danni pel pregiudizio che soffre dalla divisione del fondo e dall'estensione della servitù. Ecco un'idea ben singolare. Può esservi risarcimento di danni senza colpa? Ma dove è la colpa del proprietario che vende il suo fondo in parte? Chi usa del suo diritto è forse mai in colpa? Non si può neppur dire che egli pregiudichi in qualsiasi modo il fondo serviente, poichè l'articolo 700 soggiunge che in caso di divisione del fondo dominante, la condizione del fondo serviente non deve essere aggravata. Pardessus dimentica ancora che l'articolo 700 non fa che applicare un principio elementare di diritto: la servitù è dovuta al fondo e quindi alle singole porzioni, quando questo, per qualsivoglia causa, viene diviso (1).

279. Per l'applicazione del principio, bisogna distinguere se le diverse porzioni del fondo dominante sono possedute per indiviso, o se ne sono possedute separatamente per conseguenza d'una divisione. Il testo dell'articolo 700 implica ora la divisione, ora la comunione. Stabilendo il principio, la legge suppone che il fondo dominante si trovi diviso; il secondo alinea invece, che porge un esempio, presuppone più *comproprietarii;* ora, non vi è *comproprietà* che durante la comunione; dopo la divisione, vi sono altrettante proprietà quante sono le porzioni o quote (2). Bisogna concludere da ciò che la legge non prevede se non lo stato di comunione e quello di divisione? In realtà, essa contempla entrambe le ipotesi: soltanto la redazione non è logica; quando un principio è stabilito pel caso di *divisione,* non bisogna dare come esempio un caso di *comunione.* Ma dopo tutto poco importa. Il principio si applica in entrambe le ipotesi, nel senso che se il fondo primitivamente posseduto da un solo proprietario verrà in mano di molti, la servitù potrà essere esercitata da tutti; il modo di esercizio ed i diritti dei proprietarii differiscono però secondo che vi è comunione o divisione. Il legislatore dunque avrebbe dovuto distinguere i due casi. Noi lo faremo poggiandoci sui principii che regolano la comunione e la divisione, combinati con quelli che governano le servitù.

280. Il fondo dominante si trasmette per eredità a più persone. Qual'è il loro diritto durante la comunione? I comproprietarii godono in comune del fondo; siccome la servitù è una qualità del fondo, godono altresì in comune della servitù. La morte del proprietario nulla immuta quanto ai diritti di ser-

---

(1) DEMOLOMBE, t. XII, p. 382, n. 859. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 245, n. 361. Confronta PARDESSUS, t. I, n. 64, p. 154.

(2) DEMOLOMBE, t. XII, p. 379, n. 856. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 245, n. 361.

vitù; tutto procede come per l'addietro, poichè niente si modifica riguardo al fondo, salvo che i proprietarii sono più in luogo d'un solo. Ma questo fatto soltanto non è egli un cangiamento? E questo cangiamento non è un aggravamento della servitù? L'articolo 700 statuisce che la servitù riman dovuta « purchè non ne sia aggravata la condizione del fondo serviente ». A primo aspetto, non si comprende come l'onere rimanga uguale allorchè il diritto è esercitato da parecchie persone anzichè da una sola. Vi sono servitù il cui uso è identico, qualunque sia il numero dei proprietarii del fondo dominante. Una servitù di scolo delle acque piovane non varia, tanto se vi siano dieci proprietarii del fondo dominante quanto se ve ne fosse uno solo. Al contrario, vi sono servitù il cui esercizio è più frequente quando il fondo dominante è posseduto da più proprietarii. Tal'è la servitù di passaggio; quando essa è esercitata da più persone non diviene forse più onerosa? E la condizione del fondo serviente non sarà più aggravata? L'articolo 700 risponde alla nostra questione. « Così se si tratti di un passaggio tutti i comunisti debbono usarne nello stesso luogo ». Durante la comunione, ciò non presenta alcun dubbio, poichè la servitù rimane la medesima. Vi è tuttavia una difficoltà: che importa che la strada rimanga la stessa? Se il passaggio viene esercitato in modo più frequente, non vi è forse un aggravamento della servitù? La legge si pronunzia per la negativa. Essa suppone, e tale è il rigore dei principii, che la servitù è stata costituita per l'utilità del fondo dominante, senza considerare il numero delle persone che occupano il fondo: che esso aumenti o diminuisca, il diritto è il medesimo, ed uguale sarà quindi anche l'onere. In altre parole, l'aumento del numero delle persone chiamate a godere della servitù ha dovuto essere previsto da coloro che l'hanno costituita; questi, invero, debbono attendersi un fatto che è legge ineluttabile dell'umanità, l'accrescimento, cioè, della popolazione, e la morte che ripartisce i diritti del defunto fra i suoi eredi; un fatto preveduto ed ordinario non può costituire un aggravamento della servitù.

Dumoulin risolveva in altro modo la nostra questione. Partendo dal principio che i bisogni del fondo non aumentano, e che la servitù è dovuta al fondo e non alla persona, ne conclude che se, in luogo d'un proprietario, ve ne siano più, il giudice deve intervenire per regolare l'esercizio della servitù in modo che non ne risulti un aggravamento nell'onere (1). Ciò è possibile per talune specie di servitù: se, per esempio, si trattasse d'un diritto di passaggio concesso per la coltivazione d'un fondo rustico, il magistrato potrebbe ordinare che i comproprietarii

---

(1) Dumoulin, *Extricatio labyrinthi sexdecim legum*, nn. 49-51. Confronta Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 246, n. 361; Demolombe, t. XII, p. 381, n. 858.

l'accordino relativamente all'esercizio del diritto, di guisa che il passaggio sarà praticato come lo era durante la vita di colui che l'aveva stipulato. Ma il concetto di Dumoulin è inattuabile quando il passaggio è stabilito per una casa: come si potrebbe, in questa ipotesi, limitare l'uso della servitù in modo che dieci persone passino come se fossero una sola? A vero dire, il testo del codice respinge l'opinione di Dumoulin. Infatti, l'articolo 700 suppone che in luogo d'un proprietario ve ne siano più; tutti hanno facoltà di valersi del passaggio, senza che si possa dire che la servitù è aggravata, purchè si eserciti nello stesso luogo. Ciò dimostra che la legge non ha riguardo che allo stato del fondo, e non si preoccupa del numero delle persone che si giovano della servitù.

281. La legge applica il principio ad una servitù indivisibile, il diritto di passaggio. Che bisogna decidere se la servitù è divisibile? Si dice ordinariamente che tutte le servitù sono indivisibili. Ciò è troppo assoluto. Dumoulin, gran partigiano della indivisibilità, confessa che vi sono servitù divisibili, nel senso che la utilità da esse procurata al fondo dominante è suscettibile di divisione. Una presa d'acqua è divisibile, poichè il volume d'acqua può smembrarsi in quante frazioni si voglia. Il diritto d'estrarre la marna dal fondo vicino è esso pur divisibile, poichè la quantità della marna può essere frazionata, ed è realmente fissata in ragione dell'estensione del fondo dominante nel modo istesso che la presa d'acqua è proporzionata ai bisogni del fondo pel cui vantaggio è stabilita (1). Se il fondo dominante si trasmette per successione a differenti proprietarii che lo posseggono per indiviso, il numero degli eredi nulla muterà all'uso della servitù. Qui si applica il principio di Dumoulin. Il fatto che vi siano più proprietarii in luogo di uno, non modifica i bisogni del fondo dominante; il volume d'acqua rimarrà dunque lo stesso, come non varierà la quantità della marna. Che se il titolo non si spiega su questo punto, e le parti non sono d'accordo, dovrà farsi ricorso all'autorità del magistrato il quale regolerà l'esercizio della servitù, senza tener conto del numero dei proprietarii, considerando unicamente i bisogni del fondo (2).

282. Resta ancora una difficoltà: in qual modo ciascuno dei comunisti eserciterà la servitù durante la comunione? Se la servitù è indivisibile, non vi è neppur questione. Non si può passare per una terza o per una quarta parte: epperò ciascun proprietario, pel fatto solo che possiede il diritto di passaggio può usarne per la totalità: gli sarebbe anche impossibile di fare diversamente. Ma che dovrà decidersi se la servitù è di-

(1) DUMOULIN, *De dividuo et individuo*, parte III, n. 291.
(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 346, n. 362. DEMOLOMBE, t. XII, p. 384, n. 860.

visibile? Dumoulin mantiene il suo principio: non vi è che una sola servitù, essa è dovuta ad un solo fondo, questo fondo è posseduto per indiviso da più comproprietarii, il che conferisce a ciascun di loro il diritto d'usare di tutto il fondo, e quindi anche di tutta la servitù, salvo ai comproprietarii di accordarsi fra di loro per l'esercizio della servitù. Non vi è alcun dubbio su questo punto: è dunque inutile d'insistere maggiormente (1).

283. Passiamo all'ipotesi in cui il fondo posseduto in comune, venga diviso. Accade allora, dicono i giureconsulti romani, come se, fin dal principio, vi fossero stati più fondi dominanti. Infatti, la servitù essendo dovuta a ciascuna porzione del fondo, ognuna di queste diviene un fondo dominante. Ciò non costituisce forse un aggravamento della servitù? Il mio terreno non doveva la servitù che ad un fondo solo, ed ecco che la devo ora a dieci! La legge romana risponde: no, la condiziono del fondo serviente non diviene più onerosa; sotto taluni riguardi anzi, essa è piuttosto favorita (2). Quest'ultima decisione sembra singolare; essa trova la sua spiegazione nei principii che regolano l'estinzione della servitù. Siccome vi sono tanti fondi dominanti quante sono le porzioni, si avranno altrettante servitù; donde segue che ciascuna potrà estinguersi da sola; in questo senso, la condizione del fondo serviente sarà migliore, poichè esso può affrancarsi d'una parte dell'onere che lo grava.

Il codice civile ha consacrata questa dottrina. Se il fondo dominante è diviso, dice l'articolo 700, la servitù riman dovuta a ciascuna porzione: senza che per questo la condizione del fondo serviente sia aggravata. Come mai ciò può accadere? Se la servitù è indivisibile, si applica l'articolo 700; se si tratta di un diritto di passaggio, tutti i proprietarii saranno obbligati ad esercitarlo pel medesimo punto. E' vero che il passaggio sarà più frequente; ma, come abbiamo detto, questo fatto non è considerato come un aggravamento della servitù. Se la servitù è divisibile, ciascuno dei proprietarii la eserciterà in proporzione del diritto ereditario; è una conseguenza logica della divisione e della divisibilità del diritto, poichè ciascuno dei condividenti prende la porzione del fondo che gli si devolve colla sua qualità, e quindi colla sua parte nel beneficio della servitù; salva la facoltà negli eredi di convenire un altro modo per la ripartizione dell'uso della servitù; in ogni caso il proprietario del fondo serviente non ha interesse ad opporsi a questa divisione, poichè l'onere che grava il suo fondo rimane il medesimo. Se la quantità o la misura cui il fondo dominante ha diritto non è fissata dal titolo, vi sarà luogo all'intervento

(1) Demolombe, t. XII, p. 386, n. 861. Demante, t. II, p. 653, n. 556 *bis* V.
(2) L. 6, § 1 D., *si serv. vindic.* (VIII, 5).

del magistrato, come diceva Dumoulin, allo scopo d'impedire che la somma dei bisogni, o per meglio dire, delle pretese particolari, non superi i bisogni del fondo unico, quali esistevano prima della divisione; altrimenti vi sarebbe aggravamento nella condizione del fondo serviente; ora, la legge non vuole che la servitù sia aggravata ed i principii vi si oppongono (1).

N. 2. — Divisione del fondo serviente.

284. Il codice non parla della divisione del fondo serviente. Anche questo può essere diviso in conseguenza sia della successione, sia di una vendita. Quale sarà l'influenza di questa divisione sulla servitù? Se il fondo serviente è posseduto per indiviso da più eredi, nulla assolutamente sarà immutato nè relativamente all'onere che lo grava, nè relativamente al diritto del proprietario del fondo dominante. Il fondo serviente resta il medesimo, e tale rimane, per conseguenza, la servitù: questa verrà esercitata durante la comunione nel modo stesso con cui si esercitava quando il fondo apparteneva ad un solo proprietario.

Non è più lo stesso quando il fondo serviente venga diviso. Qui si presenta subito una prima questione. La porzione del fondo sulla quale si esercita la servitù è posta nella quota di uno degli eredi: le altre parti ne saranno forse affrancate? Si suppone che la servitù non sia limitata alla parte del fondo su cui si pratica: se questa sola è gravata dall'onere, in tal caso non vi è più questione possibile. Ma se il peso è imposto sovra l'intero fondo, esso allora rimarrà gravato anche per le porzioni sulle quali la servitù non veniva prima esercitata, poichè altra cosa è l'esercizio della servitù, altra cosa è il diritto. Il diritto sussisterà dunque sopra tutte le porzioni del fondo. Ma in qual modo verrà esercitato?

Bisogna applicare, per analogia, al fondo serviente ciò che la legge dice della divisione del fondo dominante. La divisione del fondo serviente non può aggravare la condizione del primo. Se adunque si tratti d'una servitù di passaggio, essa continuerà ad esercitarsi sul medesimo punto. Da ciò potrà risultare che la servitù non sarà esercitata sopra talune porzioni del fondo, divenute fondi separati. Da ciò deriverà la conseguenza che la servitù si estinguerà pel non uso dopo trent'anni. salvo che il proprietario del fondo dominante non conservi il suo diritto interrompendo la prescrizione. Infatti la divisione del fondo serviente ha il medesimo effetto che quella del fondo dominante; si avranno parecchi fondi servienti, e quindi più

(1) DEMANTE, t. II, p. 652, n. 556 *bis* II e 556 *bis* III

servitù distinte, ciascuna delle quali potrà, perciò, estinguersi da sola. Se la servitù è divisibile, ognuna delle porzioni del fondo serviente sarà gravata in proporzione del diritto dei condividenti. Si applicano i principii generali che regolano la divisione. Inutile il dire che, in questa ipotesi, la servitù si estinguerà se non è esercitata durante trent'anni sopra alcuno dei fondi divisi (1).

§ VI. — *Delle azioni che nascono dalle servitù.*

285. Il codice non parla delle azioni cui le servitù dànno luogo, nel modo stesso che non parla dell'azione nascente dalla proprietà. Esso abbandona interamente questa materia alla dottrina. Bisogna dunque risalire alla tradizione. Pothier distingue due azioni concernenti le servitù, la *confessoria* e la *negatoria:* tanto i termini quanto i principii provengono dal diritto romano. L'azione *confessoria*, dice Pothier, è un'azione reale con la quale quegli a cui appartiene un diritto di servitù sopra un fondo chiede, in confronto di colui che lo turba nell'uso di questa servitù, che il fondo sia dichiarato soggetto a questo diritto e che sia inibito al convenuto di più molestarlo per l'avvenire. L'azione *negatoria* è essa pure un'azione reale che il proprietario di un fondo promuove contro colui che ingiustamente pretenda una servitù, concludendo perchè il suo fondo sia dichiarato libero da questa servitù, e venga inibito al convenuto di valersene più mai (2).

286. Queste due azioni riguardano il diritto e sono analoghe alle azioni di rivendicazione. Le servitù dànno luogo inoltre ad azioni possessorie. Il proprietario può agire in possessorio, secondo il diritto comune, quando è turbato nell'esercizio del suo diritto dal vicino che esercita una servitù sopra il suo fondo. Similmente colui che da un anno ha l'esercizio pacifico di una servitù può chiedere di essere mantenuto nel possesso di questo diritto. È questa l'applicazione dei principii comuni. I beni immobili, corporali o no, sono capaci di possesso; il possessore può dunque invocare l'articolo 23 del codice di procedura, che accorda le azioni possessorie a tutti coloro che da un anno almeno si trovano nell'esercizio di un possesso pacifico. La legge aggiunge: *purchè ciò sia a titolo non precario.* Questa condizione è essenziale; il possesso precario non è un possesso, e non può quindi essere protetto dalle azioni possessorie. Donde segue che le servitù discontinue non dànno luogo ad una azione possessoria; il codice non permette che si ac-

(1) Demolombe, t. XII, p. 428, nn. 907, 910.
(2) Pothier, *Introduction au titre XIII de la coûtume d'Orléans*, n. 11.

quistino mercè il possesso trentennale, poichè il possesso di queste servitù è precario per sua essenza e non può quindi essere protetto colle azioni di cui si discorre. Tale massima è accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza (1). Ci limitiamo a stabilire il principio perchè la materia non entra nell'obbietto del nostro lavoro.

287. Pothier dice che le azioni relative alle servitù sono reali, perchè nascono dal diritto di proprietà o da quello di servitù, entrambi reali. E siccome le servitù non si concepiscono che sovra immobili, bisogna aggiungere che le azioni cui dànno luogo sono immobiliari. Donde segue che debbono essere promosse presso il tribunale nella cui giurisdizione è situato l'immobile che si pretende gravato da una servitù, o libero da ogni peso (cod. proc. art. 59). Le azioni stesse, siccome scaturiscono da un diritto reale, non possono venir promosse che da colui il quale ha questo diritto, vale a dire dal proprietario del fondo cui la servitù è dovuta, o che si pretende libero da ogni onere. in entrambe le ipotesi è il fondo che si trova in causa, ed il solo proprietario ha facoltà d'interloquire per esso (2). Da ciò non si deve concludere che l'usufruttuario non abbia le azioni concernenti le servitù. Noi abbiamo detto altrove che egli è in possesso, e quindi ha le azioni possessorie; parimenti egli gode delle servitù, e quindi potrà esercitare le azioni che le riguardano (3).

Dall'essere le servitù un diritto reale, si è conchiuso che le azioni personali che sorgono in causa del loro esercizio assumono un carattere di realtà. E' questo, ad avviso nostro, un errore: noi rimandiamo, su questo punto, a quanto si disse dianzi (n. 271).

288. La prova dà origine ad una questione intorno alla quale ferve una controversia assai vivace, E' principio elementare che l'onere della prova incombe all'attore. Ciò vuol forse dire che colui il quale sostiene che il suo fondo è libero deve dimostrare che il vicino non ha diritto alla servitù che egli esercita? Diciamo *che egli esercita*, poichè per esservi luogo a discussione, bisogna supporre che il vicino sia in possesso della servitù. Supponiamo l'ipotesi più favorevole al possessore: egli ha ottenuto, in giudizio possessorio, una sentenza che lo mantiene in possesso. Il proprietario il quale pretende che il suo fondo è libero deve agire in petitorio; dovrà egli dimostrare la libertà del suo fondo? La giurisprudenza è quasi unanime in favore del proprietario; egli nulla deve provare, si dice, perchè

---

(1) Duranton, t. V, p. 633, nn. 632-635. Demolombe, t. XII, p. 459 e seg., numero 939 e 956. E la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Action possessoire*, numero 445 e seg.

(2) Gand, 24 giugno 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 126).

(3) Pardessus, t. II, p. 301, n. 332. Demolombe, t. XII, p. 484, n. 958. Sentenza di Cassazione del 5 marzo 1850 (Dalloz, 1850, 1, 78).

ha per sè la presunzione generica che la proprietà sia scevra da vincoli: d'altronde obbligarlo a dimostrare la libertà del suo fondo, sarebbe costringerlo a dare una prova negativa, giacchè egli dovrebbe porre in chiaro che il vicino non ha servitù sul suo fondo, e la dimostrazione di un simile fatto negativo non è certamente possibile (1). Gli autori sono divisi: taluni prendono partito pel possessore, ed oppongono alla presunzione invocata dal proprietario un'altra presunzione che la distrugge. Il possessore si presume proprietario, essi dicono; deve quindi supporsi che colui il quale si trova in possesso della servitù vi abbia realmente diritto. Per conseguenza, tocca al proprietario di elidere l'effetto di questa presunzione, provando che la servitù non esiste. A più forte ragione deve essere così quando il possessore ha trionfato nella lite in possessorio; in tal caso, è di diritto comune che in petitorio l'onere della prova ricade su colui che fu soccombente in possessorio, vale a dire sul proprietario che sostiene la libertà del suo fondo (2).

Noi non esitiamo a pronunciarci per l'opinione consacrata dalla giurisprudenza, ma non ci garbano le presunzioni invocate da una parte e dall'altra; nessuna di esse è scritta nella legge, e non può certo parlarsi di presunzioni legali senza un'espressa norma di legge. Ecco quanto i fautori dei diritti del proprietario non mancano di opporre ai difensori del possessore. Essi domandano: ove è detto che il possessore si presuma proprietario? La legge non stabilisce questa presunzione neppure a vantaggio di colui che ha guadagnata la causa in possessorio. Ciò è verissimo; ma l'argomento non può forse ritorcersi contro la giurisprudenza? spetta all'attore provare il fondamento della sua dimanda; esso non è dispensato da questa prova se non quando abbia in suo favore una presunzione: e dove è il testo di legge che stabilisce la presunzione cui esso ricorre?

Ci sembra che i principii generali siano sufficienti per rigettare l'onere della prova su chi pretende avér diritto ad una servitù, ancorchè fosse in possesso. E' in questo senso che Pothier si esprime: egli dice: « nell'una e nell'altra azione, vale a dire tanto nella negatoria quanto nella confessoria, incombe a colui che pretende un diritto di servitù di giustificarlo, secondo la massima: *incumbit onus probandi ei qui dicit* ». Perciò Pothier si fonda sui principii generali, senza distinguere se chi reclama la servitù è in possesso o no. Ciò non presenta

---

(1) Noi citiamo le sentenze più recenti Agen, 30 novembre 1852 (DALLOZ, 1853, 2, 28), e 23 novembre 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 27). Bruxelles, 23 maggio 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 8). Sentenza del tribunale di Gand, del 26 febbraio 1855 (*Belgique judiciaire*, t. XIII, p. 406). Confronta DEMOLOMBE, t. XII, p. 480, numero 957.

(2) DURANTON, t. V, p. 639, n. 641, e le autorità citate in DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1277.

alcun dubbio quando la questione s'impegna direttamente in petitorio. Il proprietario è attore; che dev'egli provare? Il suo diritto di proprietà; se dimostra di essere proprietario, con ciò soltanto dà prova di possedere un diritto assoluto ed esclusivo sulla cosa, diritto in virtù del quale può respingere qualunque attacco del vicino contro il suo fondo. Che gli oppone il convenuto? Forse che possiede una servitù? Il proprietario gli risponderà: « Il possesso è un fatto; di fronte alla mia proprietà questo fatto non è che una usurpazione, salvo che voi non proviate che tal fatto costituisce l'esercizio d'un diritto. Voi pretendete avere un diritto, è una eccezione che mi opponete, e quest'eccezione vi costituisce attore; provate dunque che avete un diritto di servitù ».

Si dice che la sentenza resa in possessorio inverta le parti; che se non ne risulta una presunzione di proprietà, ne risulta almeno che il proprietario sarà attore in petitorio, il che mette la prova a suo carico. Senza dubbio il proprietario attore deve dimostrare il fondamento della sua dimanda. Ma che dovrà egli provare? il suo diritto di proprietà. La sua condizione è dunque esattamente la medesima che se non vi fosse stata questione in possessorio. Si obbietta che così ragionando, si renderebbe priva d'effetti la sentenza ottenuta dal possessore. Niente affatto; poichè se il proprietario non fosse stato soccombente in possessorio, non avrebbe più bisogno di agire in petitorio, mentre ora è costretto a scendere nuovamente in causa per somministrare una prova estremamente difficile, quella del suo diritto di proprietà. Si vede che in conclusione la controversia si risolve coi principii generali che governano la prova.

SEZIONE VI. — Come si estinguono le servitù.

§ I. — *Del caso preveduto dagli articoli 703 e 704*

289. A termini dell'art. 703, « le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato che non se ne possa più far uso ». Ciò può avvenire in due casi: anzitutto, quando la servitù non presenta più alcuna utilità pel fondo dominante: in seguito quando l'esercizio della servitù diviene materialmente impossibile. La prima ipotesi non soffre alcun dubbio in teoria; essa scaturisce logicamente dalla definizione della servitù. Perchè la legge permette di gravare i fondi di un onere che ostacola il diritto di proprietà e che, in questo senso, è nocivo all'interesse generale? L'art. 637 risponde alla nostra questione; cioè che le servitù sono costituite per l'utilità e l'uso d'un altro fondo di cui accrescono il valore. Se le servitù cessano di essere utili al fondo in cui vantaggio erano state costituite o se il proprietario non ne può ritrarre alcun uso, non hanno più alcuna ragione

d'esistere; esse non costituirebbero più che un incomodo senza alcun compenso, il che torna a dire che debbono cessare. Ma da ciò si deduce pure che, fino a quando possono procurare un'utilità, una comodità, un diletto qualunque al fondo dominante, le servitù debbono sussistere. I tribunali molto difficilmente ammettono la cessazione delle servitù, e con ragione; esse sono costituite con animo di perpetuità, il più delle volte a titolo oneroso; debbono dunque essere conservate ancorchè non presentino più pel fondo dominante la medesima utilità che avevano all'atto della loro costituzione, purchè mantengano una ragione d'esistere. Tra due fondi contigui è stabilita una servitù di non fabbricare oltre ad un'altezza determinata. Posteriormente, si apre una strada sopra una parte dei due fondi. Il proprietario del fondo serviente, volendo utilizzare la porzione di terreno che gli rimane, si rende acquirente dei terreni posti all'indietro e vi costruisce due case. Il proprietario del fondo dominante scende in giudizio chiedendo la demolizione di quella parte dei due edifici che copre i terreni gravati dalla servitù *altius non tollendi.* Il vicino risponde che questa servitù non ha più ragion d'essere. Il proprietario del fondo dominante reclama forse l'aria e la luce? La strada glie ne concede quanto gli piace: che pretende di più? Non si stipula la servitù *altius non tollendi*, dove esiste una strada che separa i due fondi, salvo che non si voglia assicurare la bellezza della prospettiva: ora, nella specie, il proprietario non può godere della veduta. Invano si distruggerebbe una porzione delle due case; la parte delle costruzioni elevate sovra un terreno libero sussisterebbe sempre. Vi erano taluni motivi di dubbio, che trascinarono la Corte di Lione, ma la sentenza venne cassata, come era giusto. Quantunque riuscisse meno utile che in principio, la servitù conservava pur sempre una certa utilità pel fondo dominante; il che era affatto decisivo (1).

290. La servitù cessa ancora quando l'uso ne diviene materialmente impossibile. Ciò suppone dei mutamenti nello stato dei due fondi o di uno di essi: « Quando, dice l'art. 703, le cose si trovano in tale stato che non se ne possa più far uso ». È raro che questa impossibilità esista pei fondi rustici. Da duemila anni si citano i medesimi esempii, e gli esempii sono rimaste ipotesi sconosciute alla pratica. Quando mai è infatti avvenuto che la forza delle acque abbia trasportato altrove il fondo dominante o il fondo serviente? Quando accadde mai che la sorgente gravata della servitù si sia inaridita? Allorchè in-

(1) Sentenza di Cassazione del 7 maggio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 155), e dietro rinvio Digione, 9 gennaio 1852 (Dalloz, 1852, 2, 70). Nel medesimo senso, Parigi, 11 novembre 1833 (Dalloz, alla parola *Chose jugée*, n. 173, 2.°), Digione, 24 agosto 1843 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1221). Sentenza di rigetto 9 dicembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 110).

vece si tratta di costruzioni il principio si applica molto frequentemente, come attestano i monumenti della giurisprudenza. Bisogna anzitutto precisare l'ipotesi prevista dall'art. 703.

La legge suppone dei mutamenti nello stato dei luoghi, innovazioni che rendono impossibile l'esercizio della servitù. Ciò va scevro da difficoltà quando il mutamento proviene da un accidente naturale. Il fulmine ha distrutto il fondo serviente; il proprietario del fondo dominante non ha alcuna azione contro la natura, nè contro il proprietario del fondo serviente, egli è dunque carente di diritto: in questo senso il suo diritto cessa. Sarebbe lo stesso se il mutamento fosse opera di un terzo che aveva facoltà di fare quanto ha compiuto. Io posseggo una servitù di presa d'acqua sopra una sorgente; taluni scavi eseguiti nel fondo superiore fanno sì che essa si estingua. Il mio diritto vien meno; io non ho azione nè contro il proprietario del fondo gravato dalla servitù, nè contro quello che ha fatto chiudere la sorgente; sono dunque senza alcun diritto. Ma se il proprietario del fondo serviente od un terzo, senza potestà alcuna, ha compiute le innovazioni, io avrò certamente azione contro di loro al fine di costringerlo a ristabilire lo stato dei luoghi; non si può dunque dire che il mio diritto cessi, esso non si estinguerebbe se non quando io rimanessi trent'anni senza valermene: allora la servitù sarebbe estinta, ma non in forza dell'art. 703, bensì in virtù dell'art. 706, cioè pel non uso durato trent'anni. L'innovazione può essere ancora opera del proprietario del fondo dominante; si può dire in questo caso che il suo diritto cessa perchè non può più trarne profitto? No, poichè dipende da lui ristabilire lo stato dei luoghi; è dunque per sua volontà che non usa della sua servitù; se continua per trent'anni a non usarne, il suo diritto sarà estinto, sempre in virtù dell'art. 706 (1).

291. L'art. 704 dice che le servitù rivivono se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente usare. Non bisogna prendere alla lettera la parola *rivivono*. Le servitù definitivamente estinte non rivivono. Se il mutamento ha solo impedito al proprietario del fondo dominante di esercitare temporaneamente la servitù, vi è un semplice ostacolo all'esercizio del diritto; ma un diritto non cessa perchè si trova di fronte ad un ostacolo; dal momento che l'ostacolo scompare, il diritto riprende il suo corso; esso non rivive, poichè non ha mai cessato d'esistere. Io ho una presa d'acqua sopra uno stagno: questo vien prosciugato in virtù d'una legge che ordina il prosciugamento delle maremme. La legge è più tardi abrogata, e, per conseguenza, si ristabilisce lo stagno. Il mio diritto rivive (2).

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 101 e nota 3 e 4. Sentenza di rigetto del 16 aprile 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1172, 2.°).

(2) Sentenza di rigetto del 30 novembre 1839 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1197). DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 248, n. 363.

Ma aveva esso mai cessato d'esistere? No, come non cessa quando una sorgente sospende il suo corso nella stagione estiva per riprenderlo nuovamente in autunno.

Quale è la condizione richiesta perchè la servitù riviva? Su questo punto vi è qualche difficoltà. Gli esempi che abbiamo offerti suppongono che non vi sia che un semplice ostacolo all'esercizio del diritto, ed un ostacolo non è una causa d'estinzione. Può esservi tuttavia ben più che un semplice ostacolo; il fondo dominante od il fondo serviente possono essere distrutti: ciò porrà termine alla servitù? Se la casa che deve la servitù o che ne gode è demolita, non bisogna dire che la servitù è estinta? Il codice decide così in materia d'usufrutto; l'usufrutto costituito sopra un edificio si estingue se l'edificio perisce (art. 624), nè rinasce nel caso in cui questo venga ricostruito. Non è lo stesso delle servitù reali. Noi ne abbiamo detta già la ragione: le servitù reali meritano maggior favore dell'usufrutto (1). È dunque per una specie di protezione che la legge fa rivivere le servitù. Qui ricomparisce la nostra questione: quali condizioni si richiedono per la rivivescenza? Occorre che lo stato delle cose da cui risultava la servitù sia identicamente ristabilito? L'articolo 704 non l'esige: « Le servitù, esso dice, rivivono se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente usare ». Quando si tratta del fondo serviente, non vi è altra condizione. Ciò è in armonia con i principii che regolano le servitù. Esse nulla hanno d'immutabile: siccome il modo di coltivazione dei fondi è mutevole, così anche le servitù debbono cambiare nel loro modo d'esercizio. La legge permette queste mutazioni in certi limiti. Se vien ristabilito il fondo dominante, bisogna aggiungere una condizione che risulta dall'art. 702, cioè che il proprietario di questo fondo non può fare mai alcuna innovazione che aggravi la condizione del fondo serviente.

292. Tale è il principio; noi ne vedremo l'applicazione nelle specie che si sono presentate innanzi ai tribunali. Una presa di acqua si esercitava mediante una chiusa ed un canale che conduceva le acque nel prato a cui vantaggio la servitù era costituita. La sbarra fu distrutta da una piena straordinaria del corso d'acqua; per molti anni la servitù non si esercitò più, perchè le acque non giungevano fino al canale. Ma avendo il padrone del fondo serviente costruita una chiusa in altra parte del fondo, volle il proprietario del prato usare nuovamente della presa d'acqua. Il tribunale di prima istanza rigettò le sue pretese, ritenendo che non si trattasse della medesima servitù dal momento che vi era un'altra chiusa un altro canale, un altro fondo. Questa decisione fu riformata dalla Corte

(1) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 7

di Riom. Prodotto ricorso, la sentenza fu confermata; la Corte di cassazione stabilì i veri principii. Non è esatto pretendere, essa dice, che le cose debbano essere ristabilite nel loro stato primitivo, e che ogni mutamento nel modo di esercizio della servitù sia un ostacolo alla sua ricostituzione. La legge non esige che vi sia identità: richiedere una tal condizione è dunque aggiungere alla legge (1).

A favore di edifizi che furono poi distrutti da un incendio esisteva una servitù di veduta. Gli edifici vennero ricostruiti, ma in proporzioni più modeste, il che rese necessario di modificare la quantità e la collocazione delle finestre: le nuove erano assai meno numerose ed altrimenti disposte che le precedenti. Il proprietario del fondo serviente ne domandò la soppressione, e trionfò nella lite innanzi al tribunale di prima istanza: quando il modo di esercizio di una servitù è determinato, sia dal titolo, sia dal possesso, dice la sentenza, non può essere più modificato senza il consenso delle parti. Questa decisione fu riformata dalla Corte di Rouen; le perizie provavano che la nuova servitù era meno onerosa dell'antica; di che dunque si doleva l'attore? Le servitù non sono immutabili; l'articolo 702 non proibisce di fare alcun cangiamento dello stato dei luoghi, esso vieta solamente le innovazioni che aggravino la condizione del fondo serviente. Prodotto ricorso, la Corte di cassazione confermò la sentenza: il proprietario del fondo serviente, essa dice, non può lagnarsi d'uno stato di cose che ha migliorato la sua condizione (2).

Esisteva a vantaggio di un palagio circondato da giardini, una servitù di non costruire, allo scopo evidente di procurare al fondo dominante una prospettiva libera: l'onere era in armonia con la magnificenza dell'abitazione. Ai nostri giorni, i palazzi scompaiono per far luogo a costruzioni più modeste. Gli è ciò che avvenne dell'edificio in parola; divenuto oggetto di speculazione, fu demolito, e sul fondo dominante vennero elevate nuove costruzioni. Non era il caso di dire che la servitù costituita per dare l'aria, la luce, il sole, la veduta ad una dimora signorile fosse estinta colla distruzione di essa e la trasformazione dei giardini? No, dice la Corte d'Orléans, pronunciando in grado di rinvio, dopo una sentenza di cassazione, la servitù non era stipulata per una costruzione particolare e per tutto il tempo che questa sussistesse; perpetua di sua natura, la servitù s'identifica talmente col fondo, che si considera come una qualità a questo inerente: la servitù in questione non era già stabilita in vantaggio del palazzo e dei giardini, ma nell'interesse del fondo (3). Al postutto, le case d'affitto che

(1) Sentenza di rigetto del 21 maggio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 273).
(2) Sentenza di rigetto del 25 giugno 1866 (Dalloz, 1866, 1, 471).
(3) Orléans, 1.° dicembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 21).

surrogarono l'abitazione del gran signore non avevano forse diritto all'aria ed al sole, al pari dell'aristocratico palazzo?

293. La giurisprudenza da noi esaminata ci conduce ad una conseguenza importante. Taluno stabilisce come regola che la servitù dev'essere limitata ai bisogni del fondo dominante, e stima questi bisogni secondo lo stato delle cose al momento in cui la servitù fu costituita. Abbiamo già combattuto questo principio (n. 262); la giurisprudenza conferma la nostra opinione. Se si ammettesse la dottrina di Dumoulin, bisognerebbe indurne che, cessando i bisogni in vista dei quali la servitù è stata stipulata, anche la servitù si estingua. Ciò è contrario all'essenza della servitù; essa è costituita non in vista dei bisogni transitori del proprietario attuale, ma per l'utilità permanente del fondo, utilità che può variare, e che necessariamente si muta secondo i gusti e la professione di coloro che occupano successivamente il fondo. Un birraio stipulò una presa d'acqua per la sua industria. Forse che la servitù verrà meno se la fabbrica di birra è più tardi sostituita da una coltivazione agricola? No, salvo che la servitù non sia stata limitata ad uso determinato; ma una simile restrizione non può facilmente ammettersi perchè contraria alla perpetuità delle servitù. Essa è stabilita a vantaggio del fondo, perciò sussisterà anche quando la primitiva industria abbia cessato. In questo senso si pronunziò appunto la Corte di Liegi (1).

La Cassazione ha fatto una applicazione assai notevole del principio. Sopra un determinato fiume è costituita una servitù di presa d'acqua. Il letto del fiume si abbassa, per qual causa la sentenza non dice. Ecco che l'esercizio della servitù è divenuto impossibile; ma taluni metri più in su vi è un punto dove la presa sarebbe praticabile trovandosi il pelo dell'acqua quasi a livello del suolo del fondo dominante. La Corte della Réunion giudicò che in quel punto si doveva stabilire una nuova presa d'acqua. Ma con ciò non si veniva a creare una novella servitù? Il ricorrente in cassazione lo sostenne. La Corte però sentenziò che la legge non si opponeva punto ad un mutamento nell'esercizio della servitù, purchè questa modificazione non cagionasse alcun danno al fondo serviente. La servitù rimaneva sempre la medesima: era sempre la stessa presa d'acqua esercitata sul medesimo fiume; altro non si cangiava che il punto del fondo serviente in cui si sarebbe fatta la presa; ora, era dimostrato che questo mutamento non aggravava la condizione del fondo serviente, e ciò era decisivo (2).

294. L'articolo 704, dopo aver detto che le servitù rivivono se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente

---

(1) Liegi, 22 maggio 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 8).
(2) Sentenza di Cassazione dell'11 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 79).

usare, soggiunge questa restrizione: « eccetto che sia trascorso uno spazio di tempo bastante a far presumere estinta la servitù, come all'articolo 707 ». Questa disposizione ha dato luogo a vive controversie, e contiene realmente serie difficoltà. L'articolo 707, cui rinvia l'art. 704, non stabilisce un modo di estinzione delle servitù; esso non fa che regolare l'applicazione del principio stabilito dall'art. 706, a termini del quale « la servitù si estingue col non uso durato trent'anni ». Una cosa è certa, che, cioè, rimandando all'art. 707, l'art. 704 rinvia implicitamente all'art. 706.

Il senso dell'articolo 704 sarebbe dunque questo: la servitù non rivive più se siano decorsi trent'anni da che le cose sono in tale stato che non se ne possa più trar profitto. Il che torna a dire che la servitù è estinta quando non se ne usi per trent'anni. In conclusione, l'art. 704 così interpretato, non fa che applicare il principio del non uso al caso in cui l'uso è divenuto impossibile.

295. Si obbietta che l'art. 704 inteso in tal modo è inutile: a che pro, si dice, ripetere nell'art. 704 quanto è già scritto nell'art 106? Si è dunque tentato di dare un altro significato all'art. 704. Vedremo successivamente le diverse interpretazioni proposte, mentre verremo esaminando le difficoltà che presenta questa disposizione. Ve n'è una prima che tocca precisamente all'obbiezione che si fa alla spiegazione letterale dei testi da noi citati.

Gli articoli 703 e 704 suppongono essere intervenuto nello stato dei luoghi un mutamento che, momentaneamente, rende impossibile l'uso delle servitù. Se questa impossibilità dura per trent'anni, la servitù sarà estinta? Questa conseguenza risulta dalla interpretazione letterale della legge; ma essa, si dice, non è affatto ammissibile e depone contro lo stesso principio da cui scaturisce. Si comprende che la servitù si estingua col non uso, allorchè il servirsene o meno dipende dalla volontà del proprietario del fondo dominante: se costui non ne usa durante il tempo più lungo richiesto per la prescrizione estintiva, si è perchè rinunzia al suo diritto. Ma questa presunzione di rinuncia non ha senso, quando quegli cui la servitù è dovuta si è trovato nell'impossibilità materiale di usarne: sarà necessario di farci la questione se si rinuncia ad un diritto non usandone quando si è nell'impossibilità di esercitarlo? È il caso di applicare il principio che la prescrizione non corre contro chi non può agire. Si soggiunge che il testo medesimo dell'articolo 704 conferma questa interpretazione: la legge non dice che la servitù venga a cessare, bensì che l'estinzione si *presume*, il che non implica se non una presunzione di rinuncia, presunzione che il proprietario del fondo dominante fa cadere quando dimostra di non aver usato del suo diritto, perchè un ostacolo materiale lo impediva, il che esclude qualunque idea di rinuncia. La tradizione dà gran forza a questa opinione:

Domat dice formalmente « che la prescrizione non deve decorrere contro colui che non può usare della servitù » (1).

Noi non possiamo ammettere questa interpretazione perchè è in opposizione coi testi e coi principii. Non è esatto il dire che l'art. 704 stabilisca soltanto una presunzione di estinzione. Noi non conosciamo affatto prescrizioni presunte. In un certo senso, si può dire che la prescrizione si basa sopra una presunzione di rinuncia, ma questa non ammette prova contraria, poichè la prescrizione è d'interesse pubblico. Ora, non si può contrastare che negli articoli 704 e 706 non si tratti della prescrizione estintiva; noi ne abbiamo la prova nell'art. 665, il quale non fa che applicare il principio stabilito dall'art. 704. Lo trascriviamo perchè ha un gran valore nella discussione in cui ci addentriamo: « Ricostruendosi un muro comune od una casa, si ritengono le servitù attive e passive anche riguardo al nuovo muro ed alla nuova casa, senza che possano rendersi più gravose, e purchè la ricostruzione segua *prima che sia acquistata* la prescrizione ». Vi è dunque prescrizione. Contro di questa si invoca la impossibilità in cui si trovava il proprietario del fondo dominante d'usare della servitù, e si aggiunge che la prescrizione non corre contro colui che non può agire. Infatti è questo un motivo di dubbio, ma s'indirizza al legislatore e non all'interprete, poichè il legislatore non ne ha tenuto alcun conto. Per l'interprete, la questione è semplicissima. Vi è un testo che decide in termini assoluti che la prescrizione non corre contro colui che non può agire? No; rimaniamo dunque sotto l'impero della regola generale consacrata dall'art. 2251: « la prescrizione decorre contro qualunque persona, salvo i casi di eccezione stabiliti da una legge ». Vi è forse, al titolo delle *Servitù*, una deroga a questo principio fatta in favore di colui che non può valersi del proprio diritto? All'opposto, si hanno due disposizioni, l'art. 704 e l'art. 665, che applicano la massima in tutto il suo rigore. Se il legislatore è stato troppo severo, ciò riguarda lui solo, e non l'interprete. A nostro parere, il rigore è più apparente che reale. La legge non sacrifica i diritti del proprietario del fondo dominante; se lo stato dei luoghi non gli permette d'usare della servitù, nulla gli impedisce di domandare una ricognizione del suo diritto, il che interromperà la prescrizione e, quando sia necessario, egli può ancora agire per far dichiarare l'esistenza delle servitù. Egli ha dunque il mezzo per conservare il suo diritto. Se nulla fa per tal scopo, gli si potrà senza alcuna offesa ai principi equitativi, applicare la presunzione che egli rinunci al proprio diritto (2).

(1) DOMAT, *Lois civiles*, libro I, t. XII, sez. VI, n. I. TOULLIER, t. II, p. 321, n. 690 e seg. MARCADÉ, art. 703, n. II, t. II, pag. 625. ZACHARIAE, traduzione di MASSÉ e VERGÉ, t. II, p. 208, nota 2. Confronta sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 7 gennaio 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 111).

(2) DEMOLOMBE, t. XII, p. 509, n. 979. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 249, n. 364. AUBRY e RAU, t. III, p. 102 e nota 7. Confronta sentenza di Liegi del 22 maggio 1869 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 7).

Ciò pone in chiaro la necessità dell'art. 704. Si ha torto di affermare ch'esso sia inutile (1). Gli autori del codice avevano sotto gli occhi l'opinione di Domat, loro guida abituale; essi non l'ammettevano; dovevano dirlo quindi in termini chiari e precisi; altrimenti si sarebbe potuto invocare la tradizione per sostenere che bisognava distinguere il non uso che implica rinuncia, e l'impossibilità di usare che non suppone la volontà di rinunciare. Questa intenzione del legislatore di rigettare la dottrina di Domat spiega altresì la singolare redazione dell'articolo 704. In luogo di dire: « eccetto che non sia decorso uno spazio di tempo sufficiente per far presumere l'estinzione della servitù come all'articolo 707 », non era più semplice dichiarare come fa l'articolo 665: « salvo che la prescrizione non sia acquisita? » Il legislatore ha voluto indicare che egli manteneva la presunzione di rinuncia sulla quale si fonda la prescrizione delle servitù pel non uso, non ostante le obbiezioni speciosissime di Domat.

296. Diciamo che lo *spazio di tempo* di cui parla l'articolo 704 è una prescrizione. Ciò è pure converso; ma, in realtà non vi è il minimo dubbio: se la contraria opinione non fosse stata sostenuta da ottimi giuristi, non varrebbe la pena di fermarvisi un istante. Si pretende che il tempo di trent'anni, nel caso dell'articolo 704, sia uno di quei termini perentori che non possono essere prolungati ancorchè intervenisse taluna di quelle cause le quali sospendono la prescrizione (2). Al titolo della *Prescrizione*, noi ritorneremo su questa teoria che non è consacrata da nessun testo di legge. Nella nostra specie vi sono due disposizioni contrarie e decisive. L'art. 704 rinvia all'articolo 707, ed implicitamente all'articolo 706. Forse che il termine di trent'anni dell'articolo 706 è una prescrizione od un termine perentorio? E se questo termine è una prescrizione, come avverrebbe che, nel caso dell'articolo 704, esso sarebbe perentorio, mentre l'articolo 704 non è che l'applicazione dell'articolo 703? Vi è ancora l'articolo 665 che prevede un'ipotesi identica a quella dell'articolo 704, ed ivi la legge dice formalmente che si tratta di una prescrizione. Perciò nell'articolo 704, che stabilisce il principio, non vi sarebbe prescrizione, la quale si avrebbe invece nel caso dell'articolo 665, che altro non fa se non applicare il principio! In verità che questo è un singolare abuso del diritto di discussione! Tuttavia, almeno in teorica, vi sono obbiezioni plausibili. Quando si tratta del non uso (art. 706), si comprende, si dice, che la prescrizione non corra contro i minori e contro tutti quelli che non possono agire, poichè l'estinzione è fondata sopra una presunzione di rinuncia; ora il minore non ha capacità di rinunziare

---

(1) Demolombe lo confessa (t. VII, p. 513, n. 979).
(2) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 248, n. 363.

ai suoi diritti. Invece, nel caso dell'articolo 704, è un ostacolo materiale che si oppone all'esercizio della servitù ed esso è uguale per tutti, si tratti di minori o di maggiori di età. Abbiamo già risposto a questo argomento: vi è inoltre nell'articolo 704 una presunzione di rinuncia, poichè il proprietario che si trova impedito di esercitare la servitù, può nondimeno interrompere la prescrizione; in questo senso egli può agire; ma per agire dev'essere di età maggiore, e perciò il termine non deve correre contro i minori.

Non parliamo degl'inconvenienti che si segnalano, della prescrizione che si prolunga indefinitamente per conseguenza della sospensione. Tali inconvenienti riguardano il legislatore; a parer nostro, egli si regolò perfettamente non tenendone calcolo: il più grave di tutti i danni possibili sarebbe quello di privare un proprietario del suo diritto, allorchè, in causa della sua incapacità, non ha mezzo per conservarlo. Vi è un ultimo argomento, intorno al quale dobbiamo dire qualche parola, non fosse altro che per mostrare come si abusi dei lavori preparatori. Il progetto di codice civile, si dice, non ammetteva che un termine di dieci anni nell'articolo 704, quantunque stabilisse un termine di trent'anni pel non uso. Ma che cosa mai ciò può provare? Che lo spazio di dieci anni non fosse una prescrizione, ma un termine perentorio? É ciò appunto di cui converrebbe anzitutto dare la dimostrazione. E quando si fosse pur data questa prova, si potrebbe ancora rispondere, e la risposta sarebbe perentoria, che gli autori del codice hanno rigettato il sistema del progetto ed hanno assimilato le due ipotesi, quella del non uso e quella dell'impossibilità di valersi della servitù (1).

297. L'articolo 704 presenta un'altra difficoltà, la sola che, a nostro parere, sia veramente seria. Esso rinvia all'articolo 707, che stabilisce il modo col quale deve essere calcolato il termine di trent'anni, distinguendo tra le servitù continue e le servitù discontinue. Quando si tratta di una servitù continua, i trent'anni cominciano a computarsi dal giorno in cui si è cessato di godere; e decorrono da quello in cui si è fatto un atto contrario alla servitù quando è questione di una servitù discontinua. Bisogna applicare questa distinzione al caso previsto dall'articolo 704? A primo aspetto fa meraviglia che la tesi possa essere enunciata. Il codice rinvia espressamente all'articolo 707; questo rinvio deve avere un significato, e non ne ha alcuno se non si applica la distinzione dell'articolo 707 tra le servitù continue e le servitù discontinue. Ma applicandola, si riesce, in apparenza, ad una conseguenza assurda. Una casa gode d'una servitù di veduta. Essa viene distrutta e pas-

(1) È questa l'opinione generale, vedi DEMOLOMBE, t. XII, p. 506, n. 977; AUBRY e RAU, t. II p. 503 e nota 9; DEMANTE, t. II, p. 658, n. 562 *bis* IV.

sano trent'anni prima che sia ricostruita: la servitù sarà estinta? No, se si tien conto dell'articolo 707; poichè occorre un atto contrario alla servitù onde la prescrizione cominci a decorrere; ora un simile atto non è mai intervenuto. Che ne risulterà? Che le servitù continue non potranno estendersi. Infatti si può concepire che si ponga in essere un atto contrario alla servitù, allorchè il mutamento sopravvenuto ne rende l'uso impossibile? Ecco l'assurdo di questa conseguenza: nel caso dell'articolo 704 si estingueranno le servitù discontinue, le continue invece no. Vi è forse una ragione di questa differenza? Nessuna; se ne conclude che essa non deve esistere. Ma che diviene allora il rinvio all'articolo 707? Lo si cancella, o quasi. Ciò ci sembra ancora più inammessibile, perchè significa mutare di pianta la legge, e un tal diritto è conteso all'interprete. Noi dunque accettiamo il rinvio e perciò la distinzione tra le servitù continue e le servitù discontinue. Nell'esempio da noi supposto può farsi nel costruire un atto contrario alla servitù di veduta. E se si versasse nell'impossibilità di fare un tale atto, si potrebbe pur sempre notificare al proprietario del fondo dominante un divieto di ristabilire lo stato dei luoghi, ovvero una protesta qualunque contro la ricostituzione della servitù, il che deve equivalere ad un atto formale, poichè sarebbe il solo possibile (1).

298. Rimane un'ultima questione: la prescrizione comincerà a decorrere se, non ostante i mutamenti che impediscono di usare della servitù, ne rimangono però le vestigia? Il codice non parla di quest'eccezione, il che, ci sembra, è decisivo, poichè non vi può essere eccezione senza una disposizione della legge. S'invoca la tradizione. È vero che nell'antico diritto si ammetteva che il possesso della servitù si conservasse mediante le vestigia, e se ne concluduva che la prescrizione non cominciasse a decorrere che dal giorno della loro distinzione. Era questa una vera finzione; ora non vi è finzione senza una norma del testo; ed il codice, lungi dal consacrare la finzione, implicitamente la rigetta. Esso stabilisce il principio che la prescrizione incomincia a decorrere dal giorno in cui si cessa di godere della servitù quando si tratta di una servitù discontinua; ora, si gode forse di una servitù di passaggio quando rimangono bensì le tracce di una strada, ma niuno vi passa più? Se la servitù è continua, l'articolo 706 esige che vi sia un atto contrario alla servitù perchè la prescrizione incominci a decorrere; essa prenderà vita dal momento che questo atto contrario esiste, vi siano o non vi siano vestigia. É vero che, secondo la dottrina comune, non si tiene alcun conto dell'articolo 706; ma se pur ci collocassimo sul terreno dell'opinione generale, bisognerebbe ancor respingere la finzione delle vestigia. L'arti-

(1) Vedi, in senso contrario, DEMANTE, t. II, p. 659, n. 562 *bis* V. DEMOLOMBE t. XII, p. 515, n. 980. AUBRY e RAU, t. II, p. 102, nota 6.

colo 703 dice che le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato da non poterne più usare; ed esse non rivivono, secondo l'articolo 704, se questo stato di cose ha durato per trent'anni. La questione delle vestigia si riduce dunque a questo: si usa di una servitù se rimangono delle vestigia? Una porta praticata per esercitare il diritto di passaggio costituisce un uso della servitù, allorchè realmente non si può più passare essendo soppressa la strada di passaggio? Pura finzione, e noi ripetiamo che non vi è finzione senza una legge che la stabilisca. Io aveva il diritto d'appoggiare la mia trave al vostro muro, e l'ho tolta; il foro sussiste, e perciò il mio diritto è conservato, si dice. No, poichè io non me ne valgo; vi è dunque non uso, e bisogna supporre inoltre, nel caso dell'articolo 704, che l'uso non sia più possibile: come si pretenderà che una servitù possa presumersi esercitata allorchè l'uso di essa è divenuto impossibile? Anche queste sono finzioni, e finzioni contrarie al testo della legge (1).

§ II. — *Della confusione.*

299. A termine dell'articolo 705, « qualunque servitù si estingue allorchè si riuniscano in una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo serviente ». La servitù si estingue ancorchè il servigio che uno dei fondi rende all'altro continui; dal momento della riunione dei due fondi esso è prestato a titolo di proprietà, poichè nessuno può aver servitù sulla cosa sua propria. Noi abbiamo già veduto questo modo di estinzione dei diritti reali al titolo dell'*Usufrutto*, sotto il nome di consolidazione (2). Anche in materia di obbligazioni vi ha un modo di estinzione chiamato *confusione*. Accenniamo a questa analogia perchè ne risulta una conseguenza importante, cioè che bisogna applicare ai diritti reali, ciò che diremo dei diritti di credito. La confusione non è, a dir vero, un modo di estinzione di un diritto. Colui che, essendo creditore, diviene debitore del medesimo credito, non può più esercitare il suo diritto. Perchè? Forse perchè l'obbietto dell'obbligazione venne adempiuto? No, ma perchè è impossibile di esigerne la prestazione. Vi è dunque non estinzione di un diritto, ma impossibilità di esercitarlo. Altrettanto si può dire per ciò che concerne l'estinzione dei diritti reali. Il fondo serviente diviene proprietà di colui al fondo del quale la servitù è dovuta; il fondo creditore non può più esercitare il suo diritto sull'altro essendo nel

---

(1) PARDESSUS, t. II, p. 168, n. 308; DEMOLOMBE, t. XII, p. 564, n. 1012. DUVERGIER su TOULLIER, t. II, p. 331, nota. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. III, p. 102, nota 8, e gli autori ivi citati, e t. II, p. 88, nota 28, e p. 89, nota 29.
(2) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 57 e 58.

tempo istesso debitore; vi è dunque impossibilità di usare della servitù, ed in causa di ciò la servitù si estingue. Bisogna aggiungere che la servitù diviene inutile, poichè il proprietario del fondo dominante, essendo altresì proprietario del fondo serviente, può valersi dell'uno per l'uso dell'altro, in virtù del suo diritto di proprietà. La proprietà, che comprende tutti i diritti reali, assorbe la servitù, la quale non è che uno smembramento di quella. Da ciò risulta, tra la confusione in materia di diritti reali e quella in tema di diritti di credito una differenza che noi avremo occasione di esaminare più innanzi (n. 303).

300. Perchè vi sia confusione, occorre che il fondo dominante ed il fondo serviente siano riuniti nella stessa mano. Se una porzione soltanto del fondo serviente venga a devolversi al proprietario del fondo dominante, la servitù non è estinta, poichè non vi è impossibilità di usare del diritto. Egli è così anche quando la parte riunita al fondo dominante sia quella su cui si esercita la servitù; infatti, tutto il fondo è gravato. Se dunque la strada di passaggio ed il fondo cui è dovuto il passaggio sono riuniti, la servitù non sarà estinta; si dovrà soltanto stabilire sul fondo serviente un altro punto pel quale si eserciti il passaggio. Se, invece, la riunione è completa, vi ha impossibilità di usare della servitù, e per conseguenza si avvererà l'estinzione in forza della confusione.

301. Se per effetto di una nuova divisione dei fondi, cessi la confusione, ne verranno meno anche gli effetti? In un caso la questione non presenta alcun dubbio. La riunione dei due fondi si è fatta mercè un atto annullabile, rescindibile o risolvibile; se l'atto è annullato, rescisso o risoluto, la confusione non ha esistito giammai, poichè l'annullamento, la rescissione e la risoluzione retroagiscono, inquantochè si presume che l'atto stesso non abbia avuto mai luogo. Dunque non vi è stata confusione e quindi la servitù ha mai cessato di esistere. Lo stesso avviene in caso di rivocazione, quando questa retroagisce, come è di regola (1). Se la rivocazione non retroagisce, la confusione non cessa che per l'avvenire; bisogna allora applicare i principii che regolano l'ipotesi che stiamo per esaminare, quella in cui la separazione dei due fondi si compie mediante un atto di alienazione.

Il proprietario dei due fondi ne vende uno; non vi è più confusione: rivivrà la servitù? Generalmente si insegna la negativa, e la questione non è neppur dubbia, se si ammette l'interpretazione da noi data all'articolo 694. Quest'articolo suppone che due fondi, l'uno dei quali doveva servigio all'altro, siano stati riuniti nella medesima mano. Il proprietario, più tardi, dispone di uno dei fondi: rivivrà la servitù? Sì, se rimane un segno ap-

(1) Vedi ciò che ho detto nel t. VI, n. 104-113, intorno alla proprietà annullabile, risolvibile e rivocabile.

parente della medesima. È questa l'applicazione del principio che regola la confusione. L'impossibilità di usare della servitù cessa dunque, non vi è più confusione; secondo il rigore dei principii, non si può dir neppure che la servitù rivive; essa non ha mai cessato d'esistere, soltanto, l'esercizio ne era divenuto impossibile. Anche l'articolo 694 dice che la servitù continua ad esistere: lo che indica, ed in modo molto energico, che essa non fu estinta mai. Ma l'articolo 694 non è applicabile che alle servitù apparenti. Se dunque la servitù non è tale, cesserà realmente d'esistere. E' questa un'argomentazione *a contrario* che per sè stessa non ha gran valore; ma è difficile dare alla legge un altro significato quando si ammetta che essa prevede il caso della confusione. Infatti, l'articolo 694 non fa che consacrare, in quanto concerne le servitù non apparenti, una dottrina tradizionale già insegnata dai giureconsulti romani. Dal momento che, secondo la nostra opinione, l'articolo 694 applica il principio della confusione quando la servitù è apparente, bisogna pur dire che esso deroga ai principii in quanto concerne le servitù non apparenti. Qual'è la ragione di questa derogazione? Perchè la servitù non apparente non rivive o non *continua* ad esistere? Gli è perchè, nella materia delle servitù sono sempre in causa i terzi: si tratta di vedere se il compratore del fondo dianzi dominante godrà della servitù senza averla stipulata, o se chi ha acquistato il fondo dianzi serviente dovrà essere sottoposto alla servitù senza avervi consentito. A stretto rigore si sarebbe potuto dire: creditore o debitore della servitù era il fondo, ed esso rimane tale. Ma l'applicazione rigorosa del principio della confusione sarebbe stata contraria all'equità: il compratore avrebbe acquistato un diritto senza corrispettivo, (poichè si suppone che le parti non abbiano parlato di prezzo) il che sarebbe ingiusto, ovvero l'acquirente sarebbe stato gravato di un onere mentre intendeva di fare acquisto d'un fondo libero. E' vero che la legge, in questo caso, gli dà un'azione contro il venditore (articoli 1626 e 1638); ma queste azioni di regresso presentano un altro inconveniente. Meglio valeva esigere che le parti si spieghino chiaramente. È questo appunto quanto vuole la legge: se la servitù è apparente, è inutile che le parti abbiano a pronunziarsi, poichè le cose parlano da sè stesse, come dice l'oratore del Tribunato; se la servitù non è apparente, può darsi che il compratore non ne conosca l'esistenza, ed occorrerà quindi che parli il venditore.

302. Il codice prevede ancora un caso di rivivescenza delle servitù. Quando i creditori ipotecari procedono all'espropriazione dell'immobile ipotecato contro il terzo detentore, le servitù che costui aveva rinascono dopo l'aggiudicazione fatta contro di lui (art. 2077 e legge ipotecaria belga, art. 105). Qual'è il motivo di questa disposizione? Si risponde ordinariamente che il possesso del terzo detentore si reputa come non

avvenuto (1). Val dire che egli è considerato come se non fosse stato mai proprietario. Ciò non è esatto: lo stesso articolo che contempla la rivivescenza delle servitù mantiene le ipoteche concedute dal terzo detentore, dunque costui rimane proprietario sino all'aggiudicazione. ed il suo titolo non è distrutto con effetto retroattivo. Non vi era del resto alcuna ragione per porre nel nulla il suo titolo pel passato, giacchè l'ipoteca che grava il suo fondo non gli impedisce di essere il vero proprietario. Ma se fu tale, la confusione si è operata, e per conseguenza le servitù si sono estinte: perchè dunque rivivono? La vendita forzata dell'immobile contro il terzo detentore non dovrebbe avere un effetto diverso da quello della vendita volontaria per ciò che concerne i diritti definitivamente estinti con la consolidazione; la sola differenza che passa fra le due ipotesi è che il detentore perde la proprietà dell'immobile mal suo grado, mentre il venditore cessa di essere proprietario per sua volontà; ma questa circostanza nulla ha di comune con gli effetti della confusione. A vero dire, il legislatore applica nell'articolo 2177 il principio della confusione, e vi deroga invece nel caso dell'articolo 694. Io ho una servitù sopra un fondo di cui divengo proprietario; la servitù si estingue perchè mi trovo nell'impossibilità di esercitarla. Un creditore procede alla espropriazione dell'immobile; dopo l'aggiudicazione, cessando l'impossibilità di usare della servitù, anche la confusione vien meno e quindi la servitù deve rivivere. La legge avrebbe dovuto dire che essa *continua*, come si esprime l'articolo 694.

Si deve applicare per analogia l'articolo 2177 al caso in cui il proprietario è evitto mediante un'azione di revindica? Lo si pretende (2). Non è questo il nostro parere. Non si tratta già di un annullamento, nè di una risoluzione; bensì di una revocazione. Ma questa revocazione fa più che annientare i diritti del possessore per l'avvenire. Essa prova che costui non è stato mai proprietario; bisogna dunque applicare il principio della revocazione retroattiva e non la disposizione dell'articolo 2177.

303. La confusione può avvenire per conseguenza di eredità. Proprietario del fondo serviente, io eredito il fondo dominante o viceversa; vi sarà confusione, poichè i due fondi sono riuniti nelle mie mani. Se alieno i miei diritti ereditari, rivivrà la servitù? S'insegna l'affermativa, con la restrizione che la vendita dell'eredità non può attentare ai diritti dei terzi; ciò accadrebbe se prima della vendita io avessi alienato il fondo mio proprio che era libero da qualunque servitù al momento in cui l'ho venduto (3). Questa decisione ci sembra contraria ai principii

(1) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 250, n. 365.
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 103 e seg.
(3) AUBRY e RAU, t. III, p. 104, e nota 13 e le autorità ivi citate.

che abbiamo esposti. Quando io vendo uno dei fondi, la confusione, egli è vero, aveva estinta la servitù; ma a termini dell'articolo 694, essa continua, se si manifestava con un segno apparente. È evidente che se rinasce a vantaggio dell'acquirente, la vendita che io faccio in seguito dell'eredità non può togliergli il suo diritto. Del pari se il fondo che io alieno fosse quello serviente, l'acquirente sarebbe e rimarrebbe gravato dalla servitù. Ma pur quando la servitù non è apparente, sussisteranno gli effetti prodotti dalla confusione; l'alienazione dell'eredità non vi apporterà alcun mutamento. Supponiamo ora che le cose siano integre, io sono ancora proprietario dell'immobile dominante o serviente al momento in cui vendo l'eredità, che comprende l'altro fondo: la servitù rimarrà estinta in questo caso, o rivivrà? Si pretende che riviva, sia a favore dell'acquirente, sia contro di lui. Ciò è troppo assoluto, ci pare. A nostro avviso, bisogna applicare per analogia la disposizione delll'articolo 694. La servitù rinascerà se vi è un segno apparente, non rinascerà in caso contrario. Si suppone, naturalmente, che non vi sia una stipulazione espressa; ora, quando la servitù è estinta per confusione, l'alienazione volontaria di uno dei fondi non la fa rinascere se non quando vi è un segno apparente. Vi sono tuttavia dei motivi di dubbio. Si può dire, anzitutto, che la vendita non è un'alienazione del fondo dominante o serviente che vi è compreso; ciò è vero; noi stessi non abbiamo invocato che l'analogia, e questa è incontrastabile. Si potrebbero inoltre invocare i principii che si osservano per quanto riflette le estinzioni dei debiti e crediti prodotte dalla confusione; in caso di vendita dell'eredità, la confusione cessa; non deve cessare altresì in materia di diritti reali? In teoria ed astraendo dalla legge, noi avremo ammesso l'assimilazione; ma di fronte all'articolo 694, la cosa ci sembra impossibile, perchè questa disposizione dimostra che, secondo lo spirito della legge, la confusione produce un effetto definitivo, salvo che l'esistenza d'un segno apparente non faccia supporre una convenzione tacita.

§ III. — *Del non uso.*

N. 1. — Durata della prescrizione.

304. L'art. 706 dice che « la servitù è estinta quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni ». Ciò che la legge chiama non uso altra cosa non è che la prescrizione estintiva: coloro che hanno un diritto, personale o reale, debbono esercitarlo nel termine di trent'anni; scorso questo termine, la loro azione può essere respinta mediante la prescrizione. Il codice applica questo principio alle ipoteche (art. 2180), all'usufrutto (art. 617); doveva quindi applicarlo anche alle servitù. In questa materia vi sono motivi speciali che giustificano l'estinzione del diritto. Le

servitù si stipulano non pel vantaggio delle persone, ma per l'utilità dei fondi; quest'utilità è permanente, quotidiana. Se il proprietario del fondo dominante rimane trent'anni senza esercitare la servitù, si deve credere che essa sia inutile, che perciò non abbia alcuna ragione d'essere; nulla dunque di più legittimo, in questo caso, che la presunzione di rinuncia su cui riposa la prescrizione.

305. Diciamo che ogni diritto reale si estingue colla prescrizione trentennale. Questo principio non si applica che ai diritti che costituiscono uno smembramento della proprietà: esso non trova applicazione per ciò che riguarda la proprietà stessa: questa si perde bensì colla prescrizione, ma perchè essa si avveri, non basta che il proprietario non abbia usato del suo diritto, ma occorre pure che un terzo abbia posseduto la cosa durante il tempo richiesto per la prescrizione e che il possesso presenti i caratteri determinati dalla legge. Noi ritorneremo su questo punto al titolo della *Prescrizione*. Vi è ancora un'altra differenza tra la prescrizione della proprietà e quella della servitù. Il proprietario perde ogni diritto quando un terzo possiede il suo fondo durante dieci o venti anni con titolo e buona fede; mentre nell'opinione consacrata dalla giurisprudenza, come diremo più avanti, l'usucapione non estingue le servitù.

Importa dunque assai di distinguere se un diritto costituisca una proprietà, ovvero non sia che uno di quelli smembramenti della medesima, chiamato col nome di servitù. Noi abbiamo detto altrove che la distinzione è spesso difficilissima (1). Il diritto alle seconde erbe è una servitù o una comproprietà? Ora l'una, ora l'altra. Venne giudicato che essa fosse un diritto di pascolo che l'art. 688 colloca fra le servitù; ma la sentenza si appoggia su circostanze particolari. Questo diritto, dice la Corte di Caen, ha la sua origine in una concessione fatta ai comuni, mediante corrispettivo, dagli antichi signori, ed è certo contrario ad ogni verosimiglianza pretendere che essi abbiano potuto alienare una parte del dominio a profitto dei concessionari. É dunque un semplice onere che grava un prato per l'uso e l'utilità di un comune, vale a dire di una circoscrizione territoriale, la cui coltivazione diviene con ciò più facile e più vantaggiosa (2). Ci sembra che i termini della sentenza siano troppo assoluti; non si può dire che ogni diritto alle seconde erbe sia una concessione da parte degli antichi signori. Perciò la Corte di cassazione non ha confermata la sentenza che con una riserva; pur approvando l'interpretazione che, nella specie, i giudici del fatto avevano dato alla convenzione, soggiunge che al diritto in parola può darsi un'estensione che l'assimili al diritto di proprietà. Che si dirà se non vi è convenzione?

(1) Vedi il t. VII dei miei *Principii*, n. 160.
(2) Caen, 29 luglio 1851 (DALLOZ, 1853, 2, 157).

La Corte afferma che, in questo caso, il diritto alle seconde erbe non costituisce che una servitù di pascolo e ne conclude che il diritto può estinguersi quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni, ma che non cessa in forza della prescrizione acquisitiva chiamata usucapione (1).

L'interesse che hanno le parti ad invocare i principii che regolano l'estinzione del diritto di proprietà mediante la prescrizione, fa sì che esse si sforzino a far credere un diritto di proprietà ciò che realmente non è che una serviù. Un proprietario, vendendo una parte del fondo, si conservò il diritto di stabilire delle finestre a prospetto, ed interdisse nel tempo stesso all'acquirente di costruire al di quà di una distanza determinata. Egli non usò del suo diritto per trent'anni, e sostenne allora che il contratto implicava la riserva d'una parte del suo diritto di proprietà. Con ciò, evidentemente, si oltrepassavano i termini del contratto; vi era una semplice servitù di prospetto, dunque un diritto suscettibile di estinguersi col non uso (2).

Il contrario è stato deciso in una specie in cui il diritto in questione aveva l'apparenza di un diritto all'uso delle acque di una sorgente, e quindi d'una servitù; ma le circostanze della causa ponevano in chiaro trattarsi di una comproprietà. In un determinato fondo scaturisce una sorgente; le vene onde trae alimento sono collocate nel fondo superiore. A chi appartiene? Certo al proprietario del terreno in cui trovansi le vene. Il proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce stipula un diritto sulle vene d'alimento, diritto in virtù del quale il proprietario superiore s'interdice qualunque opera che sia di natura tale da diminuire le acque. Non era ciò un semplice diritto all'uso delle acque, ma qualche cosa di più, un diritto sulle stesse vene e quindi un diritto di proprietà sul sottosuolo. In realtà, la proprietà era divisa; bisognava dunque applicare i principii che regolano l'estinzione della proprietà. Fu deciso che il diritto in questione non si estingueva col non uso (3).

306. Tutte le servitù vengono meno colla prescrizione, mentre col possesso di trent'anni si acquistano soltanto le servitù continue ed apparenti. La ragione di questa differenza è semplicissima: le condizioni richieste per la prescrizione acquisitiva non esistono che per talune servitù, quelle il di cui uso è pubblico ed il cui esercizio non è viziato di precarietà; donde segue che le servitù non apparenti o discontinue non possono acquistarsi con la prescrizione. Per l'estinzione invece delle servitù basta una sola condizione, cioè il non uso, e siccome

(1) Sentenza di rigetto del 14 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 329).
(2) Orléans, 16 febbraio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 60).
(3) Sentenza di rigetto del 13 giugno 1865 (Dalloz, 1865, 1, 447).

è possibile non usare di qualunque specie di servitù, tutte sono suscettibili di cessare in forza della prescrizione.

307. Vi è tuttavia una differenza tra le servitù continue e le discontinue in quanto concerne l'inizio della prescrizione. Quando si tratta d'una servitù discontinua, dice l'art. 707, i trent'anni cominciano a decorrere dal giorno in cui si è cessato di goderne. Queste servitù richiedono, pel loro esercizio, il fatto attuale dell'uomo; dal momento che l'uomo cessa d'intervenire per valersene, vi è non uso e per conseguenza deve cominciare a decorrere la prescrizione relativa. L'applicazione del principio solleva però qualche difficoltà. Vi sono servitù il cui uso è intermittente; se non se ne usa per un certo tempo, ciò accade in quanto non vi è alcuna utilità a farlo. Io ho il diritto di passaggio a traverso il vostro fondo per fare il taglio del mio bosco; questo si opera ogni dieci anni; nell'intervallo da un taglio all'altro, non passo, perchè non vi ho alcun interesse. Bisogna dire di più: non ne ho neppure il diritto. Si domanda se il termine di trent'anni comincierà a decorrere dal giorno in cui sono passato per l'ultima volta per eseguire il taglio del bosco. Sarebbe una di quelle interpretazioni che si dicon giudaiche in quanto consistono nell'attenersi strettamente alla lettera della legge per violarne lo spirito. No, il termine di trent'anni non decorrerà che dall'epoca in cui io dovrei fare il nuovo taglio, se allora io non passo pel vostro fondo. Invano si direbbe che io ho *cessato di godere* sin dal momento dell'ultimo taglio: è ben vero che per dieci anni ho cessato di passare, ma ciò vuol forse dire che durante questi stessi dieci anni ho cessato anche di godere del mio diritto? Io non poteva godere, non ne aveva facoltà; il mio godimento non potrà esercitarsi che al nuovo taglio; se allora io non uso della servitù, sarà lecito di dire che *cesso di godere*. Se il testo lasciasse qualche dubbio, lo spirito della legge lo dissiperebbe. Il non uso implica una rinuncia; ora si può dire che io rinuncio al mio diritto non esercitandolo, allorchè non ho il diritto di esercitarlo? (1).

308. Quando si tratta di servitù continue, i trent'anni cominciano a decorrere, secondo l'art. 707, dal giorno in cui è stato fatto un atto contrario alla servitù. Queste servitù si esercitano senza mestieri del fatto attuale dell'uomo (art. 608), da per sè stesse, finchè le cose rimangono nello stato dal quale risulta la servitù. Così i diritti di stillicidio, di veduta vengono esercitati per ciò soltanto che il tetto della casa sporge sul fondo vicino o che esiste una finestra; lo stesso accade per le altre servitù affermative. Se la servitù consiste nel non fare, per esempio, nel non costruire, s'esercita ancora da sè medesima,

(1) Demolombe, t. XII, p. 565, n. 1013. Aubry e Rau, t. III, p. 104 e nota 14; t. II, p. 90, nota 3.

perchè il proprietario del fondo serviente non innalza edifici, o non fa quanto la servitù gl'interdice (1).

Vi è qualche difficoltà per l'acquedotto il quale si esercita mediante chiudende che il proprietario del fondo debitore della servitù deve levare affinchè l'acqua scorra. Non si dovrà dire, in questo caso, che l'esistenza della chiusa non basta a mantenere in vita la servitù? Se per trent'anni l'imposta non si apre, può affermarsi forse che il proprietario del fondo dominante usi della servitù? E se realmente non ne usa, non bisogna concludere da ciò che i trent'anni incominciano a decorrere dal giorno in cui l'imposta non è stata più aperta? L'obbiezione venne fatta da un eminente giureconsulto (2), il che dimostra che anche i più distinti ingegni s'ingannino talvolta, e l'errore proviene generalmente da ciò che si trascura la disposizione testuale della legge. La semplice lettura dell'art. 688 basta a persuadere che il diritto di condotta d'acqua è una servitù continua; bisogna applicare quindi l'art. 707 e decidere che il diritto si conserva finchè non sia intervenuto un atto contrario alla servitù; ora, il non aprire la cataratta non è certo un atto contrario alla servitù, ma un intervento accidentale dell'uomo nell'esercizio di questa, e che non impedisce affatto che essa si eserciti da sè medesima, perchè è continua. In definitiva, l'obbiezione tenderebbe a fare del diritto di condotta d'acqua una servitù discontinua (3).

Perchè la prescrizione incominci a decorrere, occorre un *atto* contrario alla servitù, vale a dire un fatto che ne impedisca l'esercizio. Donde segue che una diffida notificata dal proprietario del fondo serviente a quello del fondo dominante non farebbe decorrere il termine di trent'anni; infatti la diffida non è un *atto* che impedisca l'esercizio della servitù, ma una manifestazione di volontà, una protesta contro il diritto del vicino; ad onta di questa il diritto ben può esercitarsi, e finchè, legalmente parlando, il proprietario del fondo dominante usa del suo diritto, non può trattarsi certo dell'estinzione di questo pel non uso. Il fondo dominante gode di un diritto di veduta; la finestra con cui si esercita la servitù viene otturata; fin da questo momento l'esercizio della servitù cessa e quindi incomincia il non uso. Se la servitù consiste nel non fabbricare, vi è un atto contrario quando il proprietario del fondo serviente costruisce. Se si tratta d'una condotta d'acqua, vi sarà atto contrario se la cateratta è stata chiusa in modo da non

---

(1) Metz, 6 giugno 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 150).

(2) DUPRET, professore all'Università di Liegi, *De la modification des servitudes par la prescription* (*Revue de droit français et étranger,* 1846, t. III, p. 828 e seguenti).

(3) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 252, n. 367. DEMOLOMBE, t. XII, p. 562, n. 1010. AUBRY e RAU, t. III, p. 105, nota 16.

potersi più aprire, ovvero se il canale fu colmato o vennero asportati i tubi (1).

309. Tali sono i principii stabiliti dalla legge. L'applicazione è scevra da difficoltà per quanto concerne le servitù discontinue. Fin quando la servitù è esercitata da alcuno, la prescrizione non incomincia a decorrere. Diciamo *da alcuno* perchè non si deve confondere l'uso della servitù già costituita coi fatti di possesso che dànno luogo all'acquisto di talune servitù. Il fatto materiale dell'uso del diritto basta perchè la servitù sia conservata; non occorre che l'esercizio ne sia fatto direttamente dal proprietario del fondo dominante, o da chi abbia qualità per rappresentarlo nel suo godimento. Se un operaio, od un amico, od anche un estraneo passassero pel fondo serviente vi sarebbe esercizio del diritto di passaggio, il che basta perchè la servitù non si estingua pel non uso.

Pardessus nota che l'esercizio materiale sarebbe sufficiente, che non si potrebbe tacciare in tal caso l'uso od il possesso di precarietà o di famigliarità. Vi è una sentenza che sembra decidere il contrario. Una strada era stata soppressa di fatto, perchè il passaggio era divenuto inutile in conseguenza di mutazioni intervenute nello stato dei luoghi, come riunione di porzioni, costruzione di case, apertura di nuove vie di comunicazione. Tuttavia gli atti di passaggio erano stati assai rari. I giudici del fatto si pronunziarono per la negativa qualificando quegli atti quali di pura tolleranza, insufficienti per la conservazione del diritto di passaggio. Questa decisione fu confermata dalla Corte di cassazione, per ciò che comprendeva un apprezzamento sovrano il quale doveva sfuggire alla sua censura (2). La sentenza è per lo meno redatta assai male. Il conoscere quale debba essere il carattere degli atti d'uso allegati per dimostrare la conservazione della servitù non costituisce già una questione di fatto, ma di diritto, come dice benissimo Pardessus. Il possesso agli effetti della conservazione del diritto deve avere i medesimi caratteri che quello agli effetti dell'acquisto? Tale era la difficoltà, ed essa riguarda il diritto, non il fatto. Si poteva sostenere, nella specie, che la servitù era estinta come divenuta affatto inutile, e che taluni atti di semplice tolleranza non valevano a dimostrare che essa esistesse tuttavia. L'obbiezione si rannoda all'articolo 703. Quando s'invoca il non uso durante trent'anni, si suppone she la servitù esiste ancora di diritto; quindi l'uso che ne vien fatto costituisce l'esercizio di un diritto, il che non può essere mai un atto di pura tolleranza. Vi sarebbe contraddizione nei termini.

---

(1) PARDESSUS, t. II, p. 163, n. 308. DUCAURROY, BONNIER, e ROUSTAIN, tomo II, p. 253, n. 367.
(2) Sentenza di rigetto del 23 luglio 1860 (DALLOZ, 1861, I, 111). PARDESSUS, II, p. 144, n. 302.

Dal principio che un atto materiale basta per conservare la servitù consegue che il semplice fatto del non uso è sufficiente a che essa si estingua, quantunque la negligenza non provenga dal proprietario del fondo dominante. Se l'usufruttuario o l'affittuario trascurano d'esercitare la servitù di passaggio per la durata di trent'anni, la servitù sarà estinta. Si potrebbe obbiettare che la presunzione di rinunzia su cui basa il principio dell'estinzione pel non uso fa difetto; che il proprietario perderà il questo caso il suo diritto, non perchè intenda di rinunciarvi, ma per la negligenza e la colpa di coloro che posseggono il fondo. Non v'è che una risposta da dare a questa obbiezione, ma essa è perentoria: la legge altro non richiede che il fatto materiale del non uso, e non subordina punto l'estinzione alla volontà di abbandonare il diritto. È la dottrina che ha introdotta questa spiegazione del testo, ma una interpretazione dottrinale non costituisce punto una condizione legale. Il che è affatto decisivo (1).

310. Pothier dice che l'atto contrario alla servitù continua, sul quale è fondata la prescrizione estintiva, deve riunire le condizioni generali di ogni possesso: è d'uopo, egli dice, che sia stato compiuto *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*. Il mio fondo è gravato della servitù di prospetto, la quale m'interdice di eseguire qualsiasi costruzione e piantagione. Io pianto degli alberi che nuocciono alla bellezza della veduta; ma mi obbligo per iscritto a non conservarli che fino a quando al proprietario del fondo dominante piacerà di soffrirli; la servitù non sarà estinta, quantunque le piantagioni abbiano esistito per trenta anni. La mia scrittura, dice Pothier, rende questo fatto precario riguardo al fondo dominante (2). A primo aspetto si potrebbe credere che vi sia contraddizione tra la dottrina di Pothier, concernente le servitù continue, e l'opinione generale che noi abbiamo or ora esposta in ciò che riflette la conservazione delle servitù discontinue. Purchè vi sia un atto qualunque di possesso, abbiamo detto, vi è uso della servitù e la prescrizione non decorre. Per le servitù continue all'invece, noi pure esigiamo con Pothier che l'atto contrario alla servitù sia un atto pubblico, non viziato da precarietà nè da violenza. Vi è una ragione di questa differenza. Chi si vale d'una servitù di passaggio esercita un diritto, e ciò esclude ogni idea di violenza e di precarietà. Ma chi eseguisce piantagioni sopra il suo fondo riconoscendo che lo fa per tolleranza, non compie un atto contrario al diritto del proprietario del fondo dominante; chè anzi, il suo scritto è una nuova confessione della

(1) PARDESSUS, t. II, p. 160, n. 307. DURANTON, t. V, p. 674, n. 684. DEMOLOMBE, t. XII, p. 534, n. 995.

(2) POTHIER, *Introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans*, n. 20. DEMOLOMBE, t. XII, p. 558, n. 1007.

servitù. Questo riconoscimento toglie alla piantagione il carattere che altrimenti avrebbe; posta in rapporto col medesimo, la piantagione non costituisce più un atto contrario alla servitù, e quindi non potrebbe esservi prescrizione.

311. Occorre che l'atto contrario alla servitù sia stato compiuto dal proprietario del fondo gravato? La legge non lo pretende e ciò risolve la questione. L'articolo 707 dice: *se avvenne* un atto *contrario alla servitù.* Basta dunque che l'atto sia contrario, senza che importi da chi provenga. Pardessus obbietta che, dovendosi intendere per *fatto contrario* una opposizione al diritto del proprietario del fondo dominante, è in esso implicito il concetto di un rifiuto a sopportare l'esercizio della servitù; che pertanto, dalla stessa natura di quest'atto risulta dover esso emanare dal proprietario del fondo serviente. Questa interpretazione oltrepassa la legge; non è esatto dire che l'*atto contrario* è per le servitù continue ciò che la *cessazione del godimento* è per le servitù discontinue: lo si richiede unicamente al fine di constatare il *non uso* della servitù. Ora, il non uso non implica alcuna contraddizione da parte del proprietario del fondo serviente: basta per stabilirlo che l'esercizio della servitù sia cessato. Per la stessa ragione, non occorre che l'atto contrario sia eseguito da parte del proprietario del fondo dominante; soltanto, il fatto avrà ancor maggior valore quando emana dalla persona cui la servitù è dovuta, poichè implica allora un'abdicazione della servitù, ciò che la legge infatti suppone, quando vi è estinzione pel non uso. Ma, ancora una volta, la legge non lo richiede. Ancorchè l'atto fosse opera di un terzo che agisce senza alcun diritto e per conseguenza senza alcuna intenzione, costituirebbe nondimeno un *atto contrario* nel senso che darebbe la prova che la servitù non è esercitata, il che basta perchè la prescrizione corra. Ciò non è neppure in urto colla presunzione di rinuncia che la dottrina ammette nell'ipotesi del non uso, poichè se il proprietario del fondo dominante lascia sussistere l'atto contrario al suo diritto, se lo appropria, come se egli stesso ne fosse l'autore; non dipende infatti che da lui di distruggere quest'atto; se lo conserva, è perchè non vuol usare della servitù. In questo senso vi è rinuncia (1).

È stato deciso che l'atto contrario il quale serve di punto di partenza alla prescrizione delle servitù continue può essere un avvenimento di forza maggiore. Nella specie, si trattava di una servitù di acquedotto; il corso si era spostato naturalmente, senza alcun fatto personale del proprietario del fondo serviente; costui entrò in possesso del letto abbandonato. I fatti così caratterizzati contenevano un *atto contrario* alla servitù? La Corte di cassazione decise che la legge non richiedeva, da parte del

---

(1) DURANTON, t. V, p. 675, n. 685. DEMOLOMBE, t. XII, p. 559, n. 1009. AUBRY e RAU, t. III, p. 105 e nota 17. Confronta PARDESSUS, t. II, p. 164, n. 308.

proprietario del fondo serviente, un fatto personale e fisico per opporsi all'esercizio della servitù (1). A primo aspetto, si crederebbe che la Corte abbia confuso il caso di estinzione pel non uso, preveduto dagli articoli 706 e 707, col caso dell'impossibilità d'usare della servitù contemplato dal precedente articolo 703. In sostanza, poco importa, almeno secondo l'opinione da noi insegnata, poichè l'impossibilità di usare, quando non è che temporanea, è regolata dai medesimi principii che il non uso (n. 294 e seg.). Nella specie, lo spostamento del corso d'acqua, essendo opera della natura, si poteva dire che eravi piuttosto impossibilità di usare che non uso. In realtà, dipendeva dal proprietario del fondo dominante di ristabilire il corso primitivo dell'acqua: egli quindi poteva usare e non usava, il che costituisce appunto il caso contemplato dall'art. 706. Dal punto di vista dei principii, la Corte ha giudicato assai rettamente. L'articolo 707 trova applicazione appena sia dimostrato che la servitù non si esercita per conseguenza di un fatto ad essa contrario.

312. Il non uso deve durare trent'anni. Trattandosi di una prescrizione estintiva, bisogna ritenere che potrà essere sospesa od interrotta per tutte quelle cause generali che sospendono od interrompono la prescrizione secondo il diritto comune. La sede di questa materia è al titolo della *Prescrizione*. Noi ci limitiamo ad osservare, pel momento, che perchè si avveri la prescrizione in materia di servitù discontinue occorre che per trent'anni si sia affatto cessato d'usarne: di guisa che un sol fatto di passaggio, verificatosi entro questo decorso di tempo, basterebbe per interrompere la prescrizione; e di ciò potrebbe darsi prova anche col mezzo di testimoni, trattandosi di un fatto materiale. Gli è quanto dimostreremo al titolo delle *Obbligazioni*. Quando la servitù è continua, il proprietario ha trent'anni per reclamare contro l'atto che constata il non uso della servitù. Se non vi è atto contrario, la prescrizione non decorre. Così non potrebbe il proprietario del fondo serviente invocare la prescrizione quand'anche avesse posseduto per trent'anni senza che la servitù sia stata mai esercitata di fatto, se per esempio, in tutto questo periodo di tempo non venne mai sollevata l'imposta dell'acquedotto. Invero, egli non ha posseduto nei trent'anni un fondo libero da vincoli dal momento che, legalmente parlando, la servitù continua si esercita da sè stessa.

313. Che si dirà se la servitù non venne esercitata mai? È certo che dopo trent'anni, sarà estinta con la prescrizione. Ma da quale momento comincerà a decorrere? Non vi è alcuna difficoltà quando la servitù è discontinua. Questa comincia ad esistere nell'istante istesso della sua costituzione; fin da tal momento il proprietario del fondo dominante può passare; se

(1) Sentenza di Cassazione del 29 dicembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 13).

non lo fa, sorge l'ipotesi dell'articolo 707; la prescrizione dunque decorrerà dal giorno in cui la servitù è stata costituita. Quanto alle servitù continue che consistono nel non fare, non si può dire che il non uso cominci dal giorno in cui la servitù è stipulata, poichè esse si esercitano per sè medesime finchè il proprietario del fondo serviente non fa ciò che la servitù gli proibisce. Rimangono le servitù continue che consistono in uno stato dei luoghi, come l'esistenza di un tetto per una servitù di stillicidio, o delle finestre aperte in un muro per una servitù di veduta. Bisogna distinguere se la servitù è stipulata a favore di una casa da costruirsi, o già costruita. Nella prima ipotesi, la servitù non esiste ancora, poichè non vi è fondo dominante. Non si è dunque nel caso previsto dagli articoli 706 e 707; non può certo parlarsi dell'uso di una servitù quando non vi è ancora il fondo dominante, ed è impossibile di fare un atto contrario ad una servitù che non esiste. Da ciò si concluderà che il diritto di servitù già stipulato non si estinguerà colla prescrizione? Qualunque diritto vien meno per causa della prescrizione estintiva, e quindi anche il diritto di servitù. La difficoltà sta nel conoscere il momento preciso in cui la prescrizione comincerà a decorrere. Chi ha stipulato la servitù rimane trent'anni senza costruire; la servitù sarà estinta? Per meglio dire, il diritto alla servitù sarà prescritto? Fu giudicato che la prescrizione si è compiuta, e noi crediamo che la decisione sia conforme ai veri principii (1). Infatti, la prescrizione di qualunque diritto comincia all'istante in cui questo ha vita: ora il diritto ad una servitù comincia nel punto stesso in cui è stipulato, e ciò risolve la nostra questione. Si obbietta che, nella specie, si tratta di un diritto condizionale; ora, la prescrizione non corre riguardo ai diritti che dipendono da una condizione, sino a che questa non siasi verificata (art. 2257). La Corte di cassazione risponde che il diritto alla servitù non è condizionale, quando colui che l'ha stipulato può immediatamente costruire ed esercitare il suo diritto. Vi sarebbe condizione se io contrattassi a favore di un determinato fondo pel caso in cui ne divenisse proprietario: l'esistenza della servitù dipende allora da un avvenimento futuro ed incerto, ed è quindi condizionale. Ma quando io, proprietario di un terreno, acquisto una servitù a vantaggio dell'edificio che mi propongo di costruire sopra il medesimo, nulla vi è d'incerto e di eventuale. Io posso fabbricare anche subito; dipende quindi soltanto dalla mia volontà di valermi del mio diritto; in questo senso esso è attuale, esiste, e per conseguenza può estinguersi.

Sarebbe lo stesso se una servitù di veduta fosse stipulata a vantaggio di una casa già costruita? Il proprietario rimane tren-

(1) Sentenza di rigetto del 18 novembre 1863 (DALLOZ, 1864, 1, 126). Orléans, 16 febbraio 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 60).

t'anni senza aprir finestre: il suo diritto è estinto? Ovvero la prescrizione non comincerà a decorrere se non quando sarà stato fatto un atto contrario alla servitù? Vi è una differenza tra questa ipotesi e quella che abbiamo esaminata dianzi. Nella specie attuale, la servitù esiste, poichè vi è un fondo dominante, la casa a cui vantaggio venne contratto il diritto di veduta. Versiamo dunque nell'ipotesi prevista dall'art. 706. Vuol dire ciò che bisogna applicare l'articolo 707 ed esigere un atto contrario perchè la servitù incominci a decorrere? Non lo crediamo. Se l'articolo 707 richiede un atto contrario, è unicamente per constatare che la servitù non è esercitata; ora è forse necessario un atto qualsiasi perchè sia dimostrato che il proprietario non si vale del diritto di veduta, mentre trascura di aprire alcuna finestra? Questo fatto negativo è la miglior prova del non uso. D'altronde si può forse comprendere che si faccia un atto di opposizione alla servitù di veduta finchè l'uso di questa è impossibile per mancanza di finestre? Siccome l'articolo 707 non è applicabile, si rientra nel diritto comune dell'articolo 2262; la prescrizione decorrerà dal momento della costituzione della servitù.

314. L'articolo 306 non parla che della prescrizione trentennale; si dovrà quindi ritenere esclusa quella di dieci o venti anni? Colui che ha acquistato con giusto titolo e buona fede, come libero da ogni peso, un fondo che è, invece, gravato di una servitù, se lo possiede libero durante dieci o venti anni, lo avrà interamente affrancato dal vincolo? La questione è assai controversa. Noi crediamo che l'usucapione liberi l'immobile dai pesi reali che lo gravano. Ciò può avvenire in due casi. Io compero dal proprietario un fondo: esso è gravato da servitù che il venditore non dichiara e che io per conseguenza ignoro. Se possiedo l'immobile, libero da ogni peso, per dieci e venti anni, avrò usucapita la libertà di esso. In teoria, questa dottrina è conforme ai principii che regolano la prescrizione; se io posso usucapire la proprietà in dieci o venti anni, perchè non potrei usucapirla tutta intiera, vale a dire libera da ogni diritto reale? Si prescrive ciò che si possiede, ora io posseggo un immobile franco da ogni servitù, e quindi lo acquisterò in piena proprietà. Lo stesso è a dirsi nella seconda ipotesi: io acquisto un fondo da chi non ne è proprietario con giusto titolo e buona fede; esso è gravato da servitù di cui ho ignorato l'esistenza; dopo dieci o venti anni, avrò usucapita la proprietà dell'immobile. In questo caso i principii sembrano ancora più evidenti; se io posso prescrivere il diritto del proprietario, perchè non prescriverei quello di colui il quale non ha che uno smembramento della proprietà? È lecito, secondo i principii, di scindere il possesso? Si può comprendere che quanto basta a respingere l'azione di rivendicazione, non sia poi sufficiente a contraddire all'azione confessoria?

Ma la questione non è di teoria. Perchè si possa ammettere

una prescrizione qualunque, è necessaria una disposizione di legge: è dunque il testo del codice civile che deve risolvere la difficoltà. Noi possiamo anzitutto invocare l'articolo 2265, a termini del quale « colui che acquista in buona fede e con giusto titolo un immobile, ne prescrive la *proprietà* in dieci o venti anni ». La proprietà è un diritto assoluto, illimitato, quale lo definisce l'articolo 544, dunque la proprietà piena; io ho posseduto la piena proprietà, è dunque questa che ho usucapito. L'articolo 2265 da sè solo non è decisivo: bisogna vedere se il legislatore l'intende come noi l'interpretiamo, ed occorrerà quindi un testo formale dal quale risulti che si può usucapire la libertà del fondo, come si usucapisce la proprietà. Questo testo esiste: l'articolo 2180 ammette la prescrizione estintiva delle ipoteche in dieci o venti anni, quando il fondo è posseduto da un terzo detentore; la legge assimila dunque la prescrizione dell'ipoteca a quella della proprietà. Ecco dunque un'applicazione dell'articolo 2265. Rimane quindi dimostrato, dalle disposizioni stesse del codice che i diritti reali si estinguono colla prescrizione di dieci o venti anni. La dottrina viene in appoggio di questa argomentazione; essa ammette che l'usufrutto si estingua con l'usucapione: se colui che possiede durante dieci o venti anni prescrive le ipoteche e l'usufrutto, perchè non prescriverebbe le servitù? Essendo regola che l'articolo 2265 si applica ai diritti reali, bisognerebbe che vi fosse un'eccezione per le servitù. Si pretende che quest'eccezione risulti dai principii e dal testo della legge.

L'usucapione è una prescrizione acquisitiva fondata sul possesso. Occorre dunque che il detentore abbia posseduto ciò che pretende aver prescritto. Forse che il possessore di un immobile come libero da diritti reali, possiede questi diritti contro colui al quale appartengono? Sì, se si tratti dell'usufrutto, poichè il possessore gode come proprietario durante dieci o venti anni, il che esclude il godimento dell'usufruttuario; si può dunque dire che acquista questo godimento. Ma si pretende che ciò non possa dirsi della servitù: io non esercito i diritti che appartengono al proprietario del fondo dominante, nulla possiedo contro di lui, perciò nulla posso acquistare con la prescrizione acquisitiva; posso solamente giovarmi della prescrizione estintiva, e questa è di trent'anni secondo l'articolo 706. Si può rispondere, in teoria, che colui il quale possiede la piena proprietà, possiede per ciò anche i diversi suoi smembramenti: se detiene il fondo come libero, per ciò appunto possiede contro coloro i quali pretendono che esso non sia tale, e quindi potrà invocare la prescrizione acquisitiva. Vi è una risposta più perentoria in una materia la quale richiede delle esplicite disposizioni di legge, ed è che l'articolo 2180 ammette l'estinzione delle ipoteche mediante la prescrizione di dieci o venti anni; ora non si può dir certamente che il terzo detentore possiede il diritto del creditore ipotecario; se nondimeno

la legge ammette che il suo possesso estingua il diritto di quello, gli è perchè, nel sistema del codice, l'usucapione fa acquistare la proprietà piena ed intiera, e perciò affrancata da qualunque diritto reale.

Si asserisce esistere un testo il quale respinge l'interpretazione da noi data alla legge: sarebbe questo l'art. 2264, a termini del quale « le regole della prescrizione sopra obbietti diversi da quelli menzionati nel presente titolo sono esposte nei titoli che particolarmente li riguardano ». È questa disposizione che ci ha fatto rigettare la prescrizione acquisitiva delle servitù mediante l'usucapione; pel medesimo motivo, si dice, bisogna respingere l'usucapione come prescrizione estintiva, poichè al titolo delle *Servitù* il legislatore regola ciò che concerne tanto l'estinzione quanto l'acquisto delle servitù mediante la prescrizione: ora, qual'è il sistema del codice? Nell'uno e nell'altro caso, la legge richiede la prescrizione trentennale (articoli 690 e 706). Ecco un sistema completo che secondo l'articolo 2264, esclude l'applicazione delle regole generali sulla prescrizione. L'argomento è molto serio, ed il solo che, a nostro parere, lasci qualche dubbio sulla questione. Se per l'acquisto delle servitù noi abbiamo ammessa l'applicazione dell'articolo 2264, è perchè il codice consacra realmente un sistema speciale in questa materia, richiedendo il possesso di trent'anni; vi è in ciò una deroga evidente all'articolo 2265. Non si può dire altrettanto di quanto riflette l'estinzione; l'articolo 706, lungi dallo stabilire un'eccezione al diritto comune, non fa che applicare alle servitù il principio generale dell'articolo 2262. Dal momento che essa applica il diritto comune per ciò che concerne la prescrizione liberatoria di trent'anni, esso non può escluderlo per quanto riguarda l'usucapione. È certo sempre che non ci si può opporre l'articolo 2264, poichè questa disposizione, rinviando ai titoli particolari le regole stabilite su obbietti diversi da quelli menzionati al titolo della *Prescrizione*, suppone che questi speciali titoli contengano particolari principii.

Vi è un argomento in favore di questa interpretazione che ci sembra decisivo, ed è la tradizione. Gli autori del codice hanno seguita la consuetudine di Parigi; ora, essa conteneva una disposizione analoga a quella dell'articolo 706 del codice civile, cioè: « La libertà può riacquistarsi in trent'anni contro il titolo di servitù ». Un'altra norma consuetudinaria (144) consacrava l'usucapione a vantaggio di colui che avesse acquistato un fondo od una rendita con giusto titolo e buona fede: è il nostro articolo 2265. Il sistema della consuetudine è dunque identico a quello del codice Napoleone; e dal momento che il codice non ha fatto che riprodurre la dottrina tradizionale, bisogna interpretarlo nel senso di questa. Pothier ci darà il commento autentico della legislazione moderna: « La prescrizione di trent'anni, egli dice, di cui si parla nell'articolo 186 (articolo 706 del codice civile), è la prescrizione liberatoria che

risulta unicamente dal non uso delle servitù, e che ne fa acquistare la liberazione anche a coloro che le avessero costituite ed ai loro eredi; non è questa la specie di presunzione contemplata dall'articolo 186 (706), che *nulla ha di comune* con la preserizione dell'articolo 114 (2265), la quale risulta dal possesso che un acquirente di buona fede ha avuto di un fondo che possedette come libero dai diritti di servitù di cui era gravato » (1). Perciò la prescrizione trentennale dell' articolo 706 *nulla ha di comune* con l'usucapione dell'articolo 2265; dunque la prima non può escludere la seconda.

Da ultimo si può invocare, a sostegno della nostra opinione, l'articolo 1665 a cui già facemmo ricorso nel titolo dell'*Usufrutto* (t. VII, n. 90).

La giurisprudenza è quasi unanime in favore dell'opinione contraria; se, ciò non ostante, noi abbiamo discussa la questione, è perchè abbracciamo interamente il parere della Corte di Nancy, la quale dice in una sentenza sapientemente motivata: *non exemplis sed legibus judicandum est* (2). Gli autori sono invece divisi (3).

N. 2. — Della prova.

315. La prova dell'estinzione della servitù pel non uso fa nascere nuove difficoltà. Vi è un principio ammesso da tutti e che non potrebbe essere contestato: il codice non parla della prova al titolo delle *Servitù;* per ciò dunque deve intendersi che esso si riferisca interamente alle regole generali sulle prove, quali sono tracciate nel titolo delle *Obbligazioni:* ma il significato di queste regole e la loro applicazione costituiscono una delle materie più difficili del diritto. Non ve n'è una più elementare di quella scritta nell'articolo 1315; spetta all'attore di provare il fondamento della sua domanda, ed il convenuto diviene attore in riguardo all'eccezione che opponga alla dimanda contro di lui promossa. Questa regola si applica perfettamente ai diritti reali. Tutti sono d'accordo nel ritenere che l'onere della prova incomba a colui il quale pretende di aver diritto ad una servitù; ma quando s'interrogano gli autori e le

---

(1) Pothier, *De la préscription*, n. 139.

(2) Non citiamo che le sentenze della Corte di cassazione le quali contengono una esposizione di principii. Sentenza di rigetto del 20 dicembre 1836 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1238, 1.°); sentenza di Cassazione del 31 dicembre 1845, (Dalloz, 1846, 1, 39) e del 14 novembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 328). La giurisprudenza della Corte del Belgio è conforme. Liegi, 16 luglio 1842 e 30 novembre 1843 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 316 e 1844, 2, 99). Confronta Bruxelles, 3 gennaio 1849 *Pasicrisie*, 1850, 2, 83). Nel senso della nostra opinione, Nancy, 14 marzo 1852 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1238).

(3) Vedi gli autori citati da Aubry e Rau, t. I, p. 106, nota 23; Demolombe, t. XII, p. 550, n. 1004; e Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1238.

sentenze sui motivi delle loro decisioni, s'incontrano tante opinioni quanti sono gli interpreti. Donde una grande incertezza intorno ai veri principii: noi procureremo di determinarli. Bisogna distinguere tra le servitù continue e le discontinue.

316. Se si tratta d'una servitù continua della quale il proprietario del fondo serviente pretende d'essere liberato pel non uso, non vi è dubbio; spetta a lui in ogni caso dimostrare il fatto dell'estinzione. Ciò si comprende di leggieri quando egli è attore; siamo allora appunto nell'ipotesi contemplata dall'articolo 1315. Lo stesso accade se attore sia il proprietario del fondo dominante. L'onere della prova ricade sopra di lui: ma che cosa dovrà egli dimostrare? Non è contestato che la servitù abbia esistito; la controversia ha per oggetto l'estinzione della servitù; dovrà l'attore provare di aver usato del suo diritto? Perchè vi sia luogo a controversia, bisogna supporre che il titolo abbia una data anteriore a trent'anni. Si potrebbe dire che in questo caso non basta produrre un titolo, ma bisogna anche dimostrare che vi si diede esecuzione. Invero se ciò non accade per lo spazio di trent'anni, il titolo stesso sarà estinto. A vero dire, questa ipotesi non è già quella dell'articolo 706, ma quella dell'articolo 2262. Io ho stipulata una servitù di stillicidio per una casa da fabbricarsi, e non l'ho invece edificata, ovvero una servitù di veduta, e non ho aperta alcuna finestra; se voglio valermi del mio diritto dopo trent'anni, ho un bel produrre il titolo, mi si respingerà con la prescrizione; in questo caso, non vi è controversia possibile sul non uso, poichè la servitù non ha avuto mai esistenza di fatto: non può farsi questione di non uso dove l'uso non si avverò mai.

Ma se venne data esecuzione al titolo, e se vi è un atto contrario alla servitù che ne ha impedito l'uso, il proprietario del fondo dominante che vuole usare del suo diritto dovrebbe provare che questo non è estinto? Egli è attore, deve dimostrare il fondamento del suo diritto. Qual è questo? il titolo; ora, il titolo non è contestato. Dovrà altresì dimostrare che ha tratto profitto della servitù? Questa prova risulta dall'esecuzione del titolo; infatti, la servitù è continua, e quindi si esercita da sè medesima; per conseguenza il suo uso è dimostrato sol perchè il titolo è prodotto e consta che sia stato eseguito. Perciò l'attore ha ottemperato all'onere che gli incombe; spetta al convenuto, al proprietario del fondo serviente provare che la servitù è estinta pel non uso. Ciò suppone che abbia avuto luogo un atto contrario alla servitù; spetta al convenuto che oppone quest'eccezione dimostrare che l'opposizione fu fatta e che data già da trent'anni. Se il proprietario del fondo dominante sostenesse che l'atto non è contrario al suo diritto perchè ha avuto luogo per tolleranza, spetterebbe a lui dimostrare il fondamento di questa nuova eccezione (1).

---

(1) PARDESSUS, t. II, p. 166 e seg., n. 308.

317. Le servitù discontinue richiedono il fatto attuale dell'uomo per essere esercitate. Da ciò risulta un differenza per quanto concerne la prova. Si distingue se colui che pretende avere un diritto di servitù è in possesso o no. Se possiede, questo fatto aggiunge al suo titolo, per antica che ne sia la data, l'esonero da ogni prova ancorchè si facesse attore; egli può invocare la presunzione stabilita dall'articolo 2234: « Il possessore attuale che prova di aver posseduto in un tempo più remoto, si presume che abbia posseduto anche nel tempo intermedio, salva la prova del contrario ». È dunque il suo avversario che deve dare la prova contraria a questa presunzione; vale a dire egli deve dimostare che, nel tempo intermedio, il proprietario del fondo dominante non ha posseduto, e che il non uso ha durato trent'anni. Se, al contrario, colui che pretende avere una servitù non è in possesso al momento in cui reclama il suo diritto, non basta che produca il suo titolo, se questo ha più di trent'anni di data. Qui la natura della servitù esercita un'influenza sulla prova. La servitù discontinua non si esercita da sè stessa; la produzione del titolo non dimostra dunque l'uso della servitù; donde si conclude che siccome nulla attesta che l'attore abbia posseduto, spetta a lui di dimostrare il possesso; il suo avversario nulla deve provare.

Questa dottrina è ammessa dagli autori e dalla giurisprudenza. Tuttavia venne combattuta innanzi alla Corte di cassazione dall'avvocato generale Delangle (1). Noi esporremo i nostri dubbi e le nostre obbiezioni appoggiandoci all'autorità di questo eminente giureconsulto. Ci sembra che l'opinione generalmente seguìta deroghi al principio elementare scritto nell'art. 1315, dispensando l'attore dal dare la prova per rigettarla sul convenuto; e non si allegano altri motivi per giustificare questa derogazione all'infuori di presunzioni le quali non sono scritte nella legge.

Merlin per il primo ha invocata la presunzione formulata dall'articolo 2234 (2). A nostro parere, egli le dà una interpretazione estensiva. Io ho un titolo datato da oltre trent'anni, e che posseggo; non mi rimane a provare altro più. Noi accettiamo la massima, ma respingiamo la presunzione dell'art. 2234 sulla quale si vuol fondarla. Questa disposizione suppone che il possessore attuale *provi* di aver posseduto anticamente. Or come, nella dottrina di Merlin, darà egli questa prova? Producendo il suo titolo. Forse che il titolo dimostra il possesso? Il titolo stabilisce il diritto che si ha d'esercitare la servitù, ma

---

(1) Vedi l'analisi delle conclusioni di DELANGLE, in DALLOZ, alla parola *Preuve*, p. 886.

(2) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Usage*, § IX, n. 3 (t. XVI, p. 300), seguito da DEMOLOMBE, t. XII, p. 569, n. 1015, ed AUBRY e RAU, t. III, p. 106, e nota 21.

non ne attesta certo l'esercizio. Dunque l'attore non è nei termini della presunzione; per sè non ha altro che il suo titolo, poichè il suo possesso attuale non prova che egli abbia posseduto in tempo più remoto. Sorge ora la questione di sapere qual sia la forza probante del titolo. La produzione del titolo, quando esso ha oltre trent'anni di data, è sufficiente per rigettare l'onere della prova sull'avversario? É questa la nostra opinione, ma generalmente si afferma la negativa. Ecco il punto più importante della controversia; è mestieri che vi ci soffermiamo alquanto.

Noi affermiamo che colui il quale reclama una servitù, ancorchè non ne fosse in possesso, null'altro deve provare se non l'esistenza di questo diritto, e che egli adempie a tale onere producendo il suo titolo. Il titolo, infatti, stabilisce che egli ha un diritto di servitù. Perchè lo si respinge? Sentiremo le risposte che si dànno secondo l'opinione generale; esse sono ben lungi dal concordare; i partigiani di quest'opinione non s'intendono realmente che sopra un punto, in quanto, cioè, invocano tutti presunzioni sconosciute alla legge. Ascoltiamo anzitutto la Corte di cassazione (1).

Il titolo che l'attore produce ha oltre trent'anni di data; quindi, dice la Corte, egli deve provare che il suo diritto non è estinto, poichè il titolo non ha più valore; sono queste le espressioni della sentenza. Perchè il titolo è estinto? Per essere rimasto senza esecuzione, almeno durante i trenta anni anteriori alla dimanda. Che cosa dimostra che il titolo sia rimasto senza esecuzione? Il fatto che l'attore non ha il possesso attuale, dice la Corte; egli non può dunque giovarsi della presunzione dell'articolo 2234. Evidentemente non lo può; ma che cosa prova questo? Che egli non ha per sè che il suo titolo. Ma il titolo non fa forse prova del diritto? Perchè la Corte afferma che questo titolo non ha più valore? Da ciò che non si può presumere che l'attore abbia posseduto, si può concludere che non fu mai realmente in possesso? A ciò conduce il ragionamento della Corte e di Merlin. Noi rispondiamo anzitutto con Delangle: l'attore non deve dimostrare che una cosa sola, cioè il suo diritto; egli vi ottempera producendo il suo titolo. Questo titolo non può essere ridotto al nulla se non quando si provi che non ebbe mai esecuzione, che non se ne è usato durante trenta anni. Ma è questa un'eccezione che si oppone all'attore; l'onere della prova incomberà quindi al convenuto il quale pretende che il titolo è estinto pel non uso. Aggiungiamo che la Corte e Merlin creano una presunzione di non uso contro colui che

(1) Sentenza di rigetto del 15 febbraio 1842 (Dalloz, alla parola *Preuve*, n. 52) e dei 6 febbraio 1833 (Dalloz, alla parola *Prescription*, n. 315); sentenze di rigetto del 3 aprile 1833 e del 3 giugno 1835 (Dalloz, alla parola *Usage*, n. 190, 2.° e 4.°). Confronta Bruxelles, 13 agosto 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 278).

produce il suo titolo allorchè non possiede. Il relatore, Lasagni, ci rinvia a Pardessus. Che dice questo autore? Quando il titolo ha oltre trent'anni, esso non è sufficiente per attestare il diritto dell'attore, perchè costui può aver perduto il suo diritto col non uso; ciò anche è *presumibile,* poichè non gode al momento in cui reclama (1). Ecco la *presunzione:* ma dove è scritta? È invece una semplice probabilità che l'attore potrebbe combattere con altre probabilità. Rinviamo questa controversia al legislatore: egli soltanto può creare presunzioni fondandosi su probabilità. Quanto alle presunzioni immaginate da Merlin e Pardessus, noi le respingiamo perchè la legge non le consacra. Merlin e la Corte di cassazione fanno dire all'articolo 2234 ciò che non dice, trasformando una presunzione di possesso in una di non uso; e Pardessus crea una presunzione di non uso fondata sovra una semplice probabilità.

Anche Proudhon ha un'interpretazione sua propria la quale differisce dalla dottrina che abbiamo esposta, quantunque riesca egualmente a decidere la questione col mezzo di presunzioni. Egli invoca il vecchio adagio: *in pari causa possessor potior haberi debet.* L'attore non è in possesso, mentre il convenuto possiede la libertà del suo fondo, dunque il convenuto nulla deve provare, mentre la prova incombe all'attore (2). La nostra risposta è semplicissima; dove è detto che il possessore è esonerato da ogni prova? Il possesso è un puro fatto, e non ha altre conseguenze in diritto se non quelle che la legge vi annette; dove è la legge che dispensa il possessore della prova rigettandola sopra il suo avversario? Qui v'ha una nuova presunzione contro colui che non possiede. L'attore ha un titolo che attesta il suo diritto di servitù, che per conseguenza dimostra come il fondo del convenuto non è libero. In qual modo si distrugge il valore di questa prova? Con una presunzione relativa al possesso. Respingiamo onninamente questa presunzione perchè la legge l'ignora. Ora, dal momento che non vi è presunzione si rimane sotto l'impero dei principii formolati dall'articolo 1315: avendo l'attore provato il suo diritto, spetta al convenuto dimostrare che questo diritto è estinto.

Si dirà che con ciò si obbliga il convenuto a dare una prova impossibile, poichè consiste nel dimostrare che l'attore non ha usato del suo diritto? Ora, vi è un vecchio adagio il quale dice che non si è mai tenuti a provare un fatto negativo. Accenniamo a questa obbiezione per ciò soltanto che la si solleva ad ogni occasione. Uno dei nostri più antichi legisti, Beaumanoir, ha già notato che la prova negativa non è impossibile, essa è più o meno difficile; ma, come ha detto in siffatta controversia il

(1) PARDESSUS, t. II, p. 171, n. 308.
(2) PROUDHON e CURASSON, *Traité des droits d'usage,* t. II, p. 24, n. 603.

relatore della Corte di cassazione, la difficoltà della prova non è una ragione per dispensarne colui al quale essa incombe secondo la legge (1). Bisogna dunque lasciar da parte questi adagi che il nostro codice non conosce. Rimangono i principii che impongono al convenuto l'obbligo di provare il fondamento della sua eccezione, il che decide la questione contro il possessore del fondo serviente.

N. 3. — Effetti della prescrizione.

318. Quando è dimostrato il non uso durante trent'anni, il diritto è estinto; l'art. 706 lo dice. Da ciò consegue che quando pure, dopo i trent'anni, il proprietario del fondo dominante avesse esercitata la servitù, essa non rimarrebbe per questo meno estinta. In tal caso il proprietario si trova nella condizione di colui che non ha avuto mai il diritto; se egli continua ad esercitare la servitù estinta potrà acquistare una nuova servitù mediante un possesso trentennale, quando sia continuo ed apparente; che se fosse invece discontinuo o non apparente, occorrerebbe un nuovo titolo.

319. Questo principio riceve tuttavia una restrizione. Il fatto del proprietario del fondo di soffrire l'esercizio della servitù dopo ch'è estinta, può implicare una rinuncia agli effetti della prescrizione. L'art. 2220 permette di rinunciare alla prescrizione acquisita. Non è necessario che la rinuncia sia espressa; l'art. 2221 ammette la rinuncia tacita nel caso in cui un fatto compiuto da colui a favore del quale s'acquista la prescrizione, suppone l'abbandono del diritto acquisito. Il codice non deroga a questi principii nel titolo delle *Servitù;* è dunque fuor di dubbio che il padrone del fondo serviente può rinunciare tacitamente al beneficio della prescrizione per effetto della quale il suo fondo è stato liberato. Ma non bisogna credere che qualunque atto di possesso egli soffra importi rinuncia al suo diritto. Qualunque rinuncia devesi interpretare restrittivamente; colui che rinuncia alla prescrizione abdica un diritto, aliena; ora, difficilmente si ammette che colui il quale ha un diritto lo alieni. In materia di servitù, vi è un motivo di più per non ammettere facilmente una rinuncia; poichè essa ha per risultato di gravare di una servitù un fondo che ne era affrancato. Occorre dunque che il fatto invocato contro il proprietario del fondo serviente sia di tal natura che non gli si possa dare un altro significato che la volontà di rinunciare. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto (2).

---

(1) È l'opinione generalmente seguita. Vedi la relazione di LASAGNI, in DALLOZ, alla parola *Preuve*, n. 685, e gli autori citati, n. 47.

(2) PARDESSUS, t. II, p. 116, n. 286; DEMOLOMBE, t. XII, p. 308, n. 795 e 572, n. 1019. Sentenza di cassazione del 15 maggio 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 265).

N. 4. - Influenza dell'indivisibità sulla prescrizione.

320. Esponendo i principii generali sulle servitù, abbiamo detto che esse sono indivisibili, nel senso che non possono acquistarsi nè perdersi parzialmente. Esse sono ancora indivisibili, nel senso che sono dovute a ciascuna parte del fondo dominante e gravano ciascuna porzione del fondo serviente (1). Il codice consacra alcune conseguenze della indivisibilità in materia di prescrizione. Prima di esporle, ricorderemo quanto si disse dianzi. Vi sono servitù divisibili, nel senso che l'utilità che esse procurano può dividersi al pari dell'onere che ne risulta (n. 281).

Se il fondo dominante appartiene per indiviso a più comproprietarii, il godimento dell'uno impedisce la prescrizione riguardo a tutti (art. 709). La Corte di cassazione ha applicato questo principio in una specie in cui contestavasi l'indivisibilità del diritto. Sovra un canale derivato da un fiume eransi stabilite più officine. Il canale e lo sbarramento che le trasmettevano ai diversi molini appartenevano in comune ai proprietari delle officine; ciascuno usava della totalità delle acque e la trasmetteva in seguito alle officine inferiori. Esisteva sul canale una presa d'acqua a vantaggio d'una città la quale, nel 1802, ne praticò una nuova. Uno dei proprietari delle officine intentò una causa contro la città e la vinse. Nel 1853, la città acquistò una concessione d'acqua dagli eredi di colui che aveva fatto sopprimere la presa. Allora gli altri proprietari d'officine ne domandarono a loro volta la soppressione. La città oppose la prescrizione, poichè la presa d'acqua esisteva fin dal 1802; gli attori la contradissero sostenendo che la prescrizione era stata interrotta dall'azione che uno dei proprietari del canale aveva intentata contro la città. Questa difesa ammessa dal tribunale di prima istanza fu respinta dalla Corte di Lione.

La Corte non contesta il principio; esso è scritto nell'articolo 709, ma dice che non si applica se non quando la servitù è di sua natura indivisibile; mentre, nella specie, la indivisibilità risultava dalla convenzione. Questa sentenza fu cassata. La destinzione che essa stabilisce fra l'indivisibilità naturale e la indivisibilità convenzionale è arbitraria e sconosciuta affatto alla legge. Come dice benissimo la Corte di cassazione, ciascuno dei mugnai aveva diritto alla totalità delle acque del canale; l'indivisibilità del loro diritto risultava dal modo d'esercizio e dallo scopo che tutte le parti s'erano proposto mettendo le cose nello stato in cui si trovavano. La conseguenza era incontestabile. Uno dei proprietari delle officine aveva interrotta la prescrizione; possedendo il diritto per la totalità, aveva neces-

---

(1) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, nn. 156 e 157.

sariamente interrotta la prescrizione per l'intero, e quindi aveva conservato il diritto (1).

321. Se tra i comproprietari del fondo dominante se ne trova uno contro cui la prescrizione non abbia potuto correre, come un minore, costui avrà conservato il diritto di tutti gli altri. Tali sono i termini precisi dell'art. 710. Il minore, dice Pothier, sull'orme di Dumoulin, rileva il maggiore. Si presume che quello sia in godimento per ciò soltanto che, in causa della sua incapacità, è al sicuro dalla prescrizione. Egli conserva il diritto, poichè la sua incapacità ne impedisce la perdita, e siccome il diritto gli appartiene nella sua interezza, così tutto il diritto sarà conservato (2). È questa una logica conseguenza della indivisibilità. Ma non è forse una di quelle sottigliezze che si ama di rimproverare alla nostra scienza? Il diritto non è stato esercitato durante trent'anni e tuttavia si è mantenuto. Che ciò sia a vantaggio del proprietario incapace, si comprende; ma perchè questo motivo affatto personale giova ai proprietari capaci? Ecco la deplorata sottigliezza del diritto. Demante dice con ragione che, nella specie, l'equità è d'accordo col rigore dei principii. Poichè l'incapace conserva il suo diritto, e tutto quanto il diritto, il proprietario del fondo serviente non ha interesse d'impedire agli altri d'esercitarlo, non essendo considerato come un aggravamento dell'onere il numero delle persone che usano della servitù (3).

322. L'applicazione dell'articolo 710 ha fatto sorgere una difficoltà che tiene scissa la dottrina e la giurisprudenza. Una eredità è indivisa durante cinque anni: uno dei coeredi è di età minore; la prescrizione non corre contro di lui, egli quindi conserva i diritti di servitù dovuti all'immobile ereditario. Si fa in seguito la divisione ed il fondo dominante cade nella quota di uno dei coeredi maggiorenni. Potrà egli invocare la sospensione della prescrizione durante i cinque anni per cui durò la comunione? Le Corti di Amiens e di Nancy avevano giudicato che la sospensione della prescrizione giovasse all'erede. Queste sentenze furono cassate per violazione dell'articolo 883. A termini di questo, crascun erede si presume solo ed immediato successore a tutto quanto è compreso nella sua quota e come se non abbia avuta mai la proprietà delle altre cose cadenti nella eredità. Questo principio è assoluto, si dice; siccome la legge non fa alcuna distinzione, bisogna applicarlo al caso preveduto dall'articolo 700. Risulta da ciò che il condividente nella cui quota cade il fondo dominante si presume che ne abbia avuta la proprietà fin dall'istante dell'apertura della succes-

---

(1) Sentenza di cassazione del 12 luglio 1869 (Dalloz, 1869, 1, 498).

(2) Pothier, *Coutume d'Orléans*, art. 226, nota 2. Demolombe, t. XII, p. 535, numero 996.

(3) Demante, t. II, p. 664, n. 558 *bis*. I.

sione; dunque la divisione cancella la comunione nel senso che la comproprietà che ne risulta è considerata come se non avesse mai avuto esistenza. Conseguentemente il proprietario del fondo dominante non può dire che questo immobile è stato posseduto per indiviso e che l'età minore di uno dei comunisti ha sospeso la prescrizione della servitù, dal momento che si ritiene che l'erede minorenne non sia stato mai proprietario dell'immobile; adunque l'effetto relativo alla minorità è cancellato al pari del diritto di proprietà indivisa. Ammettere che gli effetti della comunione sopravvivano alla divisione, è annientare il principio stabilito dall'articolo 883; se la prescrizione è stata sospesa, bisogna dire che il fondo dominante fu per cinque anni proprietà dell'erede minorenne; ma l'articolo 883 vuole il contrario, e cioè che l'erede minore debba considerarsi come se non fosse stato mai proprietario dell'immobile (1).

Questa dottrina non ha trovato favore. Tutti gli autori la combattono (2), e noi ci schieriamo con essi. La Corte di cassazione toglie ogni valore all'articolo 710 a profitto dell'articolo 883, dando a quest'ultimo una portata che non deve avere. Occorre anzitutto fissarsi sopra un punto: è egli vero che il principio dell'articolo 883 cancella la comunione e tutto ciò che si è fatto mentre l'eredità era indivisa? Supponiamo che uno dei coeredi abbia esercitata la servitù durante la comunione; il suo godimento, dice l'articolo 710, impedisce la prescrizione riguardo a tutti. La divisione in forza della quale il fondo dominante è posto nella quota di uno dei suoi coeredi, annullerà questo godimento, nel senso che l'erede il quale ha esercitata la servitù dovrà considerarsi come se non ne abbia usato mai, e che, per conseguenza, la prescrizione sarà incorsa nonostante il suo godimento? La sentenza del 1845 va sino a questo punto, poichè stabilisce come principio che l'immobile non fu mai oggetto di un possesso comune prima della divisione, e che dopo di questa non è più lecito d'invocare il possesso comune. Ci sembra però che la Corte siasi spinta troppo in là. Il possesso è un fatto, ed un fatto una volta compiuto non si cancella: ciò non potrebbe avvenire che in virtù d'una finzione, e queste non esistono se non in forza di una disposizione esplicita della legge. Ora l'articolo 883 regola un punto di diritto: la divisione è traslativa od è invece dichiarativa del diritto di proprietà? Ecco la sola questione risoluta dall'articolo 883; questo regola la trasmissione del diritto, senza occuparsi punto del fatto; e pertanto non è permesso di dire, come fa la Corte di cassazione, che esso ponga nel nulla il possesso

(1) Sentenza di cassazione del 2 dicembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 21), e del 29 agosto 1853 (Dalloz, 1853, 1, 230).

(2) Demante, t. II, p. 664, n. 568 *bis* II. Demolombe, t. XII, p. 537; n. 999. Dalloz, alla parola *Servitude*, p. 322, n. 1231.

indiviso. Difatti gli eredi hanno posseduto, hanno goduto, hanno raccolto i frutti; tutti questi fatti sussistono. Vi fu dunque un possesso comune, si esercitarono atti di godimento, e questi hanno prodotto i loro effetti: potrà la divisione aver forza di annientare i fatti consumati e gli effetti da essi generati? Non diciamo che il legislatore non possa giungere fino a tal punto, ma neghiamo che lo abbia voluto.

Gli articoli 709 e 710 resistono a questa interpretazione. Quando il legislatore dice nell'articolo 709 che il godimento di uno dei coeredi impedisce la prescrizione riguardo a tutti, doveva ben sapere che la comunione viene a finire, poichè non vi è comunione perpetua; egli dunque statuisce non solamente pel tempo della indivisione, bensì anche per l'avvenire; la prescrizione è interrotta per sempre, e non per un anno o due. Nella dottrina della Corte di cassazione, al contrario, non è più vero il dire che la prescrizione è impedita riguardo a tutti, essa non lo è rispetto a coloro che non hanno goduto, lo è invece, in riguardo di colui che ebbe a godere. La Corte fa dunque mal governo dell'articolo 709, non solo, ma anche dell'articolo 710. Questo dice in termini energici che l'età minore di uno degli eredi *conserva* il diritto degli altri; secondo la Corte di cassazione, ciò vorrebbe dire che il diritto degli altri è *conservato* per un anno o due, finchè durerà la comunione: è questo forse il significato della frase *conservare un diritto?* Chi dice *conservare*, dice conservare per sempre: un diritto che la divisione pone nel nulla non è un diritto conservato.

La Corte ha preveduto l'obbiezione: essa sacrifica decisamente i diritti dei coeredi per indiviso, che sono regolati dell'articolo 883; quanto agli articoli 709 e 710, dice la sentenza del 1853, non si applicano ad una comunione temporanea, la quale è distrutta dalla divisione; essi statuiscono pel caso di una comproprietà permanente e definitiva, come quella di un canale che giovi a parecchie officine. Rispondiamo che la Corte introduce nella legge una distinzione ignorata dal testo, e che tende a restringere una disposizione generale per non applicarla se non a casi estremamente rari, mentre il legislatore ha dedotta una conseguenza generale che scaturisce dalla indivisibilità. E qual'è l'ipotesi che si ha in vista, quando si tratta della indivisibilità delle servitù? È la morte, è la comunione, è la divisione dell'eredità. Come si potrebbe credere che il legislatore abbia avuto in mira un caso tanto raro quanto eccezionale, allorchè stabilisce una regola sopra una materia la quale non ha interesse pratico che in caso di successione?

Che importa? dirà la Corte. La restrizione che non è scritta nel testo degli articoli 709 e 710 risulta dall'articolo 883. Questo articolo è assoluto, dice la sentenza del 1845. Qui ne sembra che si cada in un nuovo errore. È certo che l'art. 883 stabilisce una finzione; secondo i veri principii, la divisione è traslativa di proprietà. Perchè la legge sancisce che essa sia

invece dichiarativa? Per impedire che gli atti di disposizione fatti durante la comunione diano luogo ad azioni di regresso. Ecco lo scopo della finzione, il suo unico obbietto; ora, ogni finzione non deve forse essere interpretata in senso restrittivo? Non deve essere limitata agli effetti che il legislatore ha avuto di mira? Il possesso, il godimento sono fatti che il legislatore non ha voluto annientare, poichè non ve n'era alcuna ragione. Dunque l'articolo 883 è estraneo alle disposizioni degli articoli 709 e 710; in questi non si parla che di possesso, di godimento; la finzione che considera la divisione come dichiarativa di proprietà nulla ha di comune con l'esercizio d'una servitù; dunque gli articoli 709 e 710 sussistono. Noi conserviamo altresì l'articolo 883, ma limitandolo all'obbietto per cui venne stabilito.

323. In questa difficile materia si presenta ancora un'altra controversia. Gli articoli 709 e 710 consacrano alcune conseguenze dell'indivisibilità delle servitù. Vi sono servitù divisibili, come ammettono tutti gli autori. Bisogna applicare a queste servitù le regole concernenti l'interruzione e la sospensione della prescrizione durante la comunione? A primo aspetto, la questione sembra includere una contraddizione logica: si può concepire che si estendano a servitù divisibili, principii che scaturiscono dalla indivisibilità delle servitù? Tuttavia gli scrittori applicano gli articoli 709 e 710 a tutte le servitù, senza distinguere tra le divisibili e quelle che non lo sono (1). Questa interpretazione, per quanto sembri assurda, è giustificata dalla stessa legge. Il codice non dice che le servitù sono indivisibili; non dice che gli articoli 709 e 710 sono applicabili soltanto a tale specie di servitù. L'interprete si trova adunque di fronte ad un testo assoluto; gli è permesso di distinguere ove la legge non distingue? Ei lo potrebbe certamente, se il codice stabilisse il principio dell'indivisibilità delle servitù; ma è difficile limitare disposizioni generali allorchè la legge non stabilisce alcuna regola sulla indivisibilità. Ecco ciò che può dirsi in favore dell'opinione generale. Noi preferiremmo tuttavia l'interpretazione contraria; è troppo contradditorio applicare a servitù che sono divisibili, regole le quali non hanno senso che per le indivisibili. Che monta se il codice non dice espressamente che le servitù sono indivisibili? Tale carattere è però implicito nella legge, come risulta da quelli stessi articoli che si vorrebbero applicare alle servitù divisibili: la necessità di distinguere risulta dunque dai principii medesimi che il codice stabilisce; dal momento che in altri termini esso dice che, essendo le servitù indivisibili, la prescrizione è necessariamente interrotta e sospesa per l'intiero. Il che torna a dire che, se vi sono servitù

---

(1) Demante, t. II, p. 664, n. 568 *bis* I. Demolombe, t. XII, p. 536, n. 997 e 998.

divisibili, tanto l'interruzione quando la sospensione avverranno soltanto in parte.

324. Gli articoli 709 e 710 suppongono la comunione. Dopo la divisione del fondo dominante si hanno altrettante servitù quante sono le porzioni; ciascuna di queste servitù si conserverà e si estinguerà secondo il diritto comune, senza che uno dei proprietarii parziali possa invocare il godimento o l'età minore di un altro proprietario. Su questo punto non vi è alcun dubbio (1).

N. 5. — Prescrizione del modo di servitù.

I. — Principio.

325. L'articolo 708 dice che « Il modo della servitù può prescriversi nella stessa guisa che la servitù medesima ». Questa disposizione, collocata nella sezione che tratta dell'estinzione delle servitù, sembra non si debba applicare al caso in cui si estingua col non uso un modo più vantaggioso di quello di cui si vale il proprietario del fondo dominante. Può presentarsi l'ipotesi opposta: colui che non poteva usare che di un modo poco vantaggioso in virtù del suo titolo, si vale invece d'una modalità a lui più proficua; questo nuovo modo s'acquisterà colla prescrizione? (2). Quando la servitù è discontinua, la questione non può sorgere neppure. Il mio titolo mi dà diritto di passare solamente a piedi; per trent'anni io passo a cavallo, in vettura: avrò acquistato con la prescrizione questo modo più vantaggioso? No, poichè le servitù discontinue non possono acquistarsi con la prescrizione; ora il modo fa parte della servitù, e le ragioni che han fatto rigettare la prescrizione delle servitù discontinue si applicano altresì al modo del loro esercizio. Io non ho che il diritto di passare a piedi, il mio vicino mi permette di passare a cavallo od in vettura; è più che probabile che ciò accada per tolleranza, per relazioni di buon vicinato. Io non posso giovarmi di un simile possesso per estendere una servitù, più che non possa giovarmene per acquistarla.

Egli è altrimenti quando la servitù è continua. Potendo la servitù medesima acquistarsi col possesso, ciò accadrà pure per ciò che riguarda il modo di esercitarla. La cosa va da sè quando la servitù fu acquistata con la prescrizione. Io ho prescritto una servitù di veduta possedendo per trent'anni due finestre. Il mio vicino può opporsi a che io ne apra una terza; ma se l'apro ed il mio vicino la lascia sussistere per trent'anni, io

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 106 e nota 22 e gli autori che citano.

(2) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 254, n. 369. Demolombe, t. XII, p. 287, n. 784.

avrò acquistato con la prescrizione il diritto anche a questa. Infatti, durante i trent'anni, io avrei potuto acquistare il diritto di aprire tre finestre; a maggior ragione avrò acquistato soltanto il diritto di aprirne una terza. Anche quando il modo della servitù è stabilito per titolo, ciò non impedisce che si possa prescrivere un modo più vantaggioso, sempre per lo stesso motivo e cioè, che siccome posso acquistare la servitù col possesso, potrò pure col medesimo mezzo acquistare un modo più vantaggioso per l'esercizio di quella. Si obbietta che tal cosa equivale a prescrivere contro il proprio titolo, il che non può essere secondo la disposizione dell'articolo 2240. Ci meraviglia assai di trovare quest'obbiezione nell'opera di Demante, e nel vedere che egli vi insiste. Sotto l'impero dell'antico diritto Dunod avea già risposto osservando che nella specie, si possiede e si prescrive oltre il proprio titolo, il che è permesso dai principii più elementari. Del resto non si ha che a leggere l'articolo 2240 e le disposizioni che lo precedono per convincersi che l'adagio invocato da Demante non concerne che i possessori precarii. Noi lo abbiamo già avvertito, e se lo ripetiamo, è perchè uno dei nostri buoni autori si è lasciato fuorviare da una obbiezione la quale, tutto al più, potrebbe impressionare degli scolari (1).

326. Il modo delle servitù si prescrive ancora nel senso che esse possono venir ridotte, ristrette colla prescrizione estintiva. Non era così in diritto romano; si conservava tutta la servitù, ancorchè non si usasse di tutto il diritto. Chi aveva usato di una via più stretta di quanto il titolo portava, conservava nondimeno tutto il suo diritto così come era stabilito dalla concessione (2). Pothier riproduce la dottrina romana. « Il proprietario del fondo dominante, egli dice, quantunque non abbia fatto sul fondo serviente che una parte di quanto gli spetterebbe in forza del suo diritto di servitù, non cessa per questo di conservare il diritto stesso in tutta la sua integrità » (3). Domat, al contrario, insegna che la prescrizione riduce le servitù a quella porzione che se ne è conservata mediante il possesso, durante il tempo necessario a prescrivere. Egli appoggia questa sua decisione (cosa ben singolare!) sopra una legge romana; ma basta leggerla per convincersi che ha preso abbaglio (4). Gli autori del codice han seguito Domat. Forse perchè trovavano la sua opinione più razionale, o perchè credevano che riproducesse la dottrina tradizionale? Non lo sappiamo. Si tratta

---

(1) Demante, t. II, p. 662, n. 567 *bis* I.

(2) Dupret, *De la modification des servitudes par la prescription* (*Revue du droit français et étranger*, 1843, t. III, p. 821 e seg.).

(3) Pothier, *Introduction au titre* XIII *de la coutume d'Orleans*, n. 18.

(4) Domat, *Des lois civiles*, libro I, t. XII, sez. VI, n. 5. Confronta Dupret, nella *Revue*, p. 822.

però sempre d'un nuovo principio che si è introdotto nel codice in conseguenza dell'interpretazione erronea d'una legge romana. Ducaurroy dice che il sistema romano era molto più semplice del sistema francese il quale dà luogo a molte difficoltà. Bisogna dire inoltre, a nostro parere, che il principio romano è più giuridico ed anche più equo. Le servitù non si stipulano per frazioni, ma per l'intiero; non si possono perder dunque per frazioni, ma si conservano o si perdono per l'intiero. Non è più equo che si conservino per l'intiero, allorchè non se ne usa in un modo qualsivoglia? Le servitù sono stabilite per l'utilità del fondo dominante; se quest'utilità non esige che io mi valga di tutto il mio diritto, perchè mi si vorrà costringere a ciò sotto pena di perderlo parzialmente? Il modo, dopo tutto, è un diritto e non un'obbligazione: non debbo io essere forse libero d'usare del mio diritto come credo e come vuole l'utilità del mio fondo?

Ma sia o no equo e giuridico il nuovo principio, esso è consacrato dalla legge e bisogna accettarlo con tutte le sue conseguenze. Gli interpreti hanno sempre seguìta questa massima? È quanto appunto vedremo.

II. — Applicazione.

327. La prescrizione del modo delle servitù è ora acquisitiva, ora estintiva; in una sola e medesima specie, il modo antico può estinguersi, mentre è dubbio che il nuovo modo sia stato acquisito. Di qui frequenti difficoltà. Escludiamo anzitutto una prima ipotesi in cui non vi è alcun dubbio: non si è esercitata tutta la servitù alla quale si aveva diritto, si usò invece d'un altra servitù che è discontinua. In questo caso, vi è più che estinzione del modo, vi è estinzione della servitù, per non averla usata durante trent'anni, senza che siasi acquisita la nuova; perchè questa essendo discontinua, non può acquistarsi colla prescrizione. Pothier ne porge un esempio notevole. Io ho il diritto di attingere acqua dal pozzo del mio vicino e per conseguenza di passare dal suo fondo; io passo sul fondo serviente per trent'anni senza attingere acqua. In questo caso, io ho perduto pel non uso il diritto di attingere acqua, e non ho acquistata la servitù di passaggio, servitù affatto diversa, che non s'acquista col possesso, e che resta inoltre estinta come accessorio della servitù principale. Tutti sono d'accordo su questo punto (1).

328. Quando è in causa il solo modo della servitù, bisogna

---

(1) POTHIER, *Introduction au titre* XIII *de la coutume d'Orleans*, n. 18. DEMANTE t. II, p. 661, n. 567. DEMOLOMBE, t. XII, p. 576, n. 1024.

distinguere se questa è continua o discontinua. Nel primo caso l'applicazione dell'art. 708 è assai facile. Io ho gravato il mio fondo della servitù di non costruire; innalzo un edificio sopra una parte di questo, ed il mio vicino la lascia sussistere durante trent'anni; la servitù sarà in parte estinta ed in parte conservata, essa non graverà più che la porzione non fabbricata del fondo serviente. Io ho il diritto d'aprire tre finestre nel mio muro; non ne apro che due; avrò perduto col non uso il diritto d'aprire una terza finestra; il modo della servitù sarà ristretto per effetto nella prescrizione estintiva. É egli lo stesso se il titolo mi dà diritto d'aprire tante finestre quante io vorrei e ne apro due? non potrò io aprirne di nuove al di là di trent'anni dalla data del mio titolo? I pareri son divisi. Ci sembra che in quest'ipotesi non possa parlarsi di restringere il modo mediante la prescrizione; poichè il modo non è limitato, determinato, ed aprendo due finestre, non si può dire che io lo fissi: il titolo abbandona tutto alla mia volontà, e siccome la volontà è essenzialmente mutabile, sarà del pari mutabile il modo. Si obbietta che io non conservo il diritto d'aumentare il numero delle finestre che durante trent'anni a far tempo dal giorno in cui ho aperto le prime. Questa interpretazione della volontà delle parti ci sembra molto arbitraria, in quanto restringe un diritto che, secondo la intenzione loro, non è capace di alcuna restrizione. Si dirà che, giusta questa opinione, il modo non si prescriverà mai contrariamente alla volontà della legge? Rispondiamo che vi sono diritti imprescrittibili, che chiamansi di pura facoltà, perchè ciascuno può usarne o no secondo le sue convenienze. Ora, nella specie, il mio titolo mi dà un diritto che varia da un giorno all'altro secondo il mio gusto; ciò non può servire di base alla prescrizione (1).

329. Le servitù discontinue si estinguono colla prescrizione, ma non possono acquistarsi nè estendersi per questa via. Donde una difficoltà intorno alla quale i migliori autori sono divisi. Io ho il diritto di passare a piedi, a cavallo ed in vettura; per trent'anni non passo che a piedi. Vi è un'opinione rigorosa la quale vuole che, nell'ipotesi, io abbia perduto il diritto di passare in altro modo. Crediamo che questa opinione abbia per sè la lettera e lo spirito della legge. Il titolo mi dà tre modi di usare del mio diritto: io non esercito che l'uno, e quindi non conservo che questo; quanto agli altri, non avendone usato, vengono a cessare per forza della prescrizione, la quale ha virtù di estinguere il modo, e questo, nella specie, fu ristretto mediante un possesso limitato. Dupret ha combattuta questa opinione, seguita generalmente prima di lui, ed ebbe tosto con sè ingegni eminenti. Ma non equivale ciò al riprodurre la dottrina

(1) Vedi le diverse opinioni in DEMOLOMBE, t. XII, p. 531 n. 994.

romana? Si dice: colui il quale si vale della servitù nei limiti dei suoi bisogni e delle sue convenienze la conserva integralmente, sebbene non abbia precisamente compiuto tutto quanto egli sarebbe stato in diritto di fare. Ecco appunto il principio romano che i compilatori del codice civile hanno inteso di respingere. Sembra che Dupret si sia lasciato indurre ad ammettere simile interpretazione dell'art. 708, dalle conseguenze assurde cui condurebbe l'applicazione letterale della legge. Ogni ragionamento, egli dice, è vizioso quando ne scaturiscono conseguenze delle quali anche taluna soltanto deve ritenersi inammissibile (1). Ma ciò che vale pel ragionamento in genere, non può applicarsi a quanto concerne l'interpretazione d'una legge. Nella specie, gli autori del codice civile hanno stabilito un principio che essi credevano vero e che invece si riscontra essere erroneo. Un principio falso deve condurre a conseguenze che non si potranno facilmente ammettere. Ma è questa ragione sufficiente per farle respingere? Tanto varrebbe modificare o rigettare il principio; e ciò non è concesso all'interprete, perchè verrebbe a sostituirsi allo stesso legislatore.

330. Gli autori che hanno accolta l'interpretazione più larga dell'art. 708, ammettono tuttavia una restrizione. Ciò che gli ha indotti ad avvicinarsi al principio romano, è che il proprietario del fondo dominante deve godere d'una certa libertà d'azione, usando del suo diritto secondo i bisogni del suo fondo. Ma se chi aveva il diritto di passare a cavallo od in vettura non passò mai se non a piedi, perchè la strada sia stata ristretta o sia divenuta impraticabile per cavalli e vetture, non si può più dire che egli abbia esercitato il diritto in tutta la sua integrità: al contrario, egli ha subìta e tollerata una limitazione al medesimo, e vi sarà quindi estinzione del diritto di passare a cavallo od in vettura. Parimenti, si supponga che io voglia passare a cavallo o con veicoli: il proprietario del fondo serviente vi si oppone; se io mi arresto innanzi a questa opposizione, si rientra ancora nel principio generale, formulato dall'art. 708, e quindi il modo più vantaggioso della servitù sarà estinto pel non uso.

331. Anche il luogo sul quale la servitù si esercita riguarda il modo: a tutto rigore quindi, bisognerebbe applicare il principio dell'art. 708. Io ho il diritto di passare sopra una determinata porzione del vostro fondo, ma per più di trent'anni sono passato per la parte precisamente a quella opposta. Quale effetto eserciterà questo possesso sul mio diritto? Io non ho certamente acquistato con la prescrizione il nuovo modo, poichè la servitù è discontinua. Ma si può sostenere che l'antico è

---

(1) Dupret, nella *Revue de droit français et étranger*, 1846, t. III, pag. 823 e seg. Aubry e Rau, t. III, p. 108 e nota 25, e gli autori in senso diverso che vi sono citati.

prescritto, non avendone io usato. La conseguenza è grave, così da far indietreggiare Dupret e con lui valentissimi giureconsulti. Tuttavia il ragionamento è perfettamente logico: non è questo che faccia difetto, ma la legge, ed il primo dovere dell'interprete, è il rispetto alla legge. Anche qui i fautori d'una più equa interpretazione fanno una concessione al rigore dei principii; essi distinguono se la indicazione del luogo pel quale la servitù deve esercitarsi sia limitativa o dimostrativa; nel primo caso, ammettono che la stessa servitù si estingue, poichè in realtà non se ne usò mai, e che la nuova non fu acquistata, essendo discontinua (1). La distinzione è arbitraria e conduce all'arbitrio; il più delle volte le parti si limitano ad indicare il punto, senza che nulla autorizzi a ritenere se l'indicazione sia, o no, restrittiva: da ciò la conseguenza che la servitù si estinguerà, oppur no, secondo l'interpretazione che al giudice piacerà di dare alla volontà delle parti. Se si potesse consultare l'intenzione dei contraenti, si giungerebbe ad un principio ben diverso da quello dell'art. 708; il modo è sempre qualche cosa d'accidentale, e come mai ciò che non è se non contingente può influire sulla conservazione o l'estinzione della servitù? Per conchiudere, il principio posto dalla legge è affatto erroneo: taluni lo accettano con tutte le sue conseguenze, altri non vi si sanno rassegnare. Ecco perchè queste controversie non si possono risolvere.

La giurisprudenza ha consacrata l'interpretazione più equa; noi ci limitiamo a constatarlo. Dopo avere ascoltato il diritto stretto, sentiremo l'equità. La Corte di cassazione stabilisce il principio in questi termini: « È vero che siccome la servitù di passaggio non può acquistarsi che per titolo, il modo d'esercizio della servitù dev'esser sempre in relazione di conformità col titolo che la costituisce ». Ecco un principio il quale, applicato logicamente, demolirebbe la dottrina che combattiamo, nostro malgrado. Ma la giurisprudenza non conosce regola assoluta. La Corte aggiunge che il principio s'applica al caso in cui il titolo menzioni *tassativamente* il punto del fondo serviente pel quale deve praticarsi il passaggio; la servitù, essendo limitata e circoscritta nel suo modo di azione, può estinguersi col non uso durante trent'anni, senza che l'uso stesso durante un trentennio sia efficace per acquistare legalmente il diritto di passaggio attraverso un altro punto del fondo serviente, poichè questo nuovo passaggio non sarebbe più conforme al titolo. Ma, continua la Corte, la condizione cambia quando il titolo concede la servitù in termini generali che non implicano il suo esercizio sopra una parte speciale del fondo serviente; in quest'ultimo caso, il titolo è eseguito, anche se sia mutata la destinazione

(1) DEMOLOMBE, t. XII, p. 587, n. 1031. AUBRY e RAU, t. III, p. 199, e nota 28.

della servitù (1). Rimane a sapere quando la menzione del luogo è tassativa e quando no; questione di fatto che i giudici decideranno secondo l'intenzione delle parti, il che dà loro il mezzo di conservar sempre la servitù. Noi non vi vedremmo gran male se non ci fosse di mezzo l'art. 708 che bisogna interpretare in modo da cancellarlo dal codice.

Le decisioni delle Corti d'appello sono di una incontestabile equità. In una specie giudicata dalla Corte di Caen, il luogo pel quale era stato esercitato il passaggio in contraddizione col titolo era meno oneroso pel fondo serviente, poichè la via era più breve (2). Il rigore del diritto avrebbe richiesto che la servitù fosse dichiarata estinta. Così il proprietario del fondo dominante avrebbe perduto il suo diritto per aver risparmiato il fondo serviente, per aver reso un servigio al suo vicino! Ecco un rigore che i tribunali non sanzioneranno giammai; il legislatore ha avuto torto di stabilire un principio la cui applicazione è impossibile.

332. Vi è un'ultima controversia in questa difficile materia. Il tribunale decide che la destinazione del luogo non sia tassativa e mantiene la servitù; ma per dove questa si eserciterà? I fautori della più equa interpretazione dell'art. 708 si trovano in grande imbarazzo. L'antico modo è estinto col non uso; il nuovo non è acquistato. Si ritornerà alla destinazione primitiva, dice l'uno: ma con qual diritto se è estinta? Dupret dà la scelta al proprietario del fondo serviente: ma in forza di che? Demolombe trova più semplice di conservare il nuovo modo: un nuovo modo acquistato col possesso mentre si tratta di una servitù discontinua! Si vede da ciò quanto l'allontanarsi dal rigore del diritto conduca all'arbitrio, perchè si viene a creare la legge, e su questa via ciascuno naturalmente la foggia a suo modo. Non vi è modo legale di esercitare la servitù, tuttavia è necessario di trovane uno! La sola via legittima d'uscire da questo impiccio ci sembra sia questa, che, cioè, le parti domandino al magistrato un regolamento della servitù, poichè esse si trovano nella medesima condizione in cui sarebbero se il titolo avesse serbato il silenzio sul luogo pel quale la servitù deve esercitarsi: il giudice deciderà.

---

(1) Sentenza di rigetto del 6 dicembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 26).
(2) Caen, 24 luglio 1865 (Dalloz, 1866, 2, 190). Confronta Liegi, 13 aprile 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 244).

§ IV. — *Delle cause di estinzione non prevedute dalla sezione IV.*

N. 1. — Decorrenza del termine. Risoluzione. Rivocazione.

333. Vi sono cause di estinzione non prevedute dalla sezione IV; esse derivano dal dritto comune. L'art. 617 dice che l'usufrutto si estingue collo spirare del termine per cui è stato accordato. Al titolo delle *Servitù* la legge non menziona questa causa d'estinzione. Ciò avviene perchè l'usufrutto è temporaneo di sua essenza; mentre la perpetuità è connaturale alle servitù, come abbiamo detto altrove (1). Ma non essendo la perpetuità un carattere essenziale delle servitù, nulla impedisce che vengano stipulate per un tempo determinato. Il codice stesso stabilisce una servitù temporanea, cioè il passaggio in caso d'interchiusura (n. 110). Del pari, le parti potrebbero convenire che la servitù rimanga limitata alla durata della vita del proprietario attuale del fondo dominante. A primo aspetto, una simile clausola sembra contraria all'art. 686 che proibisce d'imporre una servitù in favore delle persone: ma quantunque vitalizia, la servitù è realmente costituita in considerazione del fondo. La servitù potrebbe ancora essere limitata al tempo durante il quale il padrone del fondo dominante ne conserverà la proprietà. La sola cosa che la legge proibisce, è che le servitù siano stipulate a vantaggio della persona. Da ultimo, le parti possono convenire la facoltà nel proprietario del fondo serviente di affrancarsi dall'onere che grava il suo fondo, ma occorre per questo una clausola espressa, poichè per diritto comune le servitù non sono riscattabili (2).

334. La proprietà quantunque perpetua di sua natura, è talvolta revocabile, risolvibile, annullabile. Lo stesso accade dei diritti reali. Si applica alle servitù ciò che abbiamo detto nel titolo della *Proprietà* ed in quello dell'*Usufrutto* (3).

335. Il codice stabilisce che coloro i quali non hanno sovra un immobile che diritti risolvibili o rescindibili non possono consentire che un'ipoteca soggetta a risoluzione od a rescissione. Ciò è di diritto comune: niuno può concedere altrui diritti maggiori di quelli che egli stesso possegga (4).

---

(1) Vedi il t. VII dei miei *Principî*, n. 154.
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 64, e note 17 e 18 e le autorità che ivi sono citate.
(3) Vedi il t. VI dei miei *Principî*, n. 104-113 e il t. VII, n. 87.
(4) Vedi ciò che abbiamo detto al titolo dell'*Usufrutto*, t. VII, n. 88.

N. 2. — Della rinuncia.

336. Siccome è di ragion comune che ognuno possa rinunciare ai diritti stabiliti in suo favore, s'intende da sè che il proprietario del fondo dominante può rinunciare alla servitù costituita a vantaggio di questo (Cfr. art. 622). Giusta i principii, la rinuncia può essere espressa o tacita, salvo che la legge non ne faccia un atto solenne. È quanto abbiamo già detto al titolo dell'*Usufrutto* (t. VII, n. 74), dove abbiamo pure esaminata la questione di sapere se la rinuncia debba essere accettata da parte del proprietario del fondo serviente (n. 72).

337. La rinuncia espressa, non essendo un atto solenne, rimane sotto l'impero dei principii generali che regolano qualunque manifestazione di volontà. Non occorre dunque alcuna scrittura. Ma non può essere opposta ai terzi se non quando sia stato trascritto l'atto che la constata (Legge ipotecaria, articolo 1).

La giurisprudenza ci offre un esempio singolare di una rinuncia espressa che, quantunque parziale, estingue tutto il diritto. Una servitù *aquae haustus* e di pascolo è costituita sopra uno stagno. In epoca in cui non conteneva più acqua, il fondo serviente è diviso tra parecchi proprietari. Il padrone del fondo dominante esonera dalla servitù, liberandolo dall'obbligo di rimettere in acqua lo stagno serviente, colui al quale apparteneva la porzione dello stagno in cui si trovano l'imposta della cateratta e l'argine. La Corte di cassazione giudicò che la servitù aveva cessato di esistere anche riguardo a coloro che non erano intervenuti nella convenzione, e quindi a vantaggio di tutto il fondo serviente. Ciò non presentava alcun dubbio per quanto concerne il diritto di abbeveraggio. Non vi è stagno senza imposta di cateratta e senza argine; rinunciare dunque al ristabilimento dell'imposta della cateratta e dell'argine è dichiarare estinta la servitù di abbeverare. Ma non continuava forse a sussistere quella di pascolo? No, poichè non era stata stipulata come servitù distinta gravante un prato. Il fondo serviente era uno stagno, ed il pascolo si esercitava quando esso veniva posto in secco; il pascolo era dunque una dipendenza della servitù che gravava lo stagno. Consentire a che lo stagno non fosse ristabilito, era rinunciare alla servitù, poichè non v'era più fondo serviente (1).

338. La rinuncia tacita risulta da un fatto che include l'intenzione di rinunciare. Occorre che il fatto non possa essere interpretato diversamente: quando vi sia dubbio, non si può

---

(1) Sentenza di rigetto del 6 agosto 1860 (DALLOZ, 1860, 1, 337).

più ammettere la rinuncia, poichè il consenso non è che presunto, non potendosi supporre *a priori* che taluno voglia abdicare spontaneamente ad un suo diritto. In una specie presentatasi avanti la Corte di Bruxelles si pretendeva che il padrone del fondo dominante avesse tacitamente rinunciato alla conservazione della larghezza primitiva d'una strada di passaggio, perchè aveva tollerato si innalzasse il muro che usurpava il suo diritto. La Corte non ammise la rinuncia, perchè il silenzio del proprietario poteva ben spiegarsi altrimenti: siccome l'usurpazione era poco considerevole, egli aveva potuto benissimo non avvedersene. In realtà egli aveva reclamato non appena fu costrutto il muro (1).

Vi sarebbe rinuncia tacita se il proprietario del fondo dominante autorizzasse delle opere che annientassero la servitù o la restringessero. Io ho sul fondo del mio vicino una servitù di non costruire e consento invece a che innalzi un edificio: questa concessione implica una rinunzia, perchè non è possibile di attribuirle un altro significato (2). Ma se in luogo di dare il mio assenso a questi lavori io non fo che lasciarli eseguire senza reclamare, si dirà che il mio silenzio equivale a consenso? Un antico adagio lo vorrebbe: ma bisogna diffidarne, od almeno applicarlo con discernimento. No: dal semplice fatto che io serbo il silenzio non si può sempre indurre che io acconsenta all'operato al mio vicino; il mio silenzio non equivale a consenso se non quando io sono costretto a manifestare una volontà qualunque, affermando o negando. Certamente se in tal caso io tacessi, mentre avrei interesse a negare, si potrà presumere che io voglia invece affermare. Ma, nella specie, chi mi obbliga a pronunziarmi? La legge parla per me. Infatti l'articolo 707 decide che allorquando sia intervenuto un atto contrario alla servitù, questa non si estingue se non dopo trent'anni da quel momento. La rinuncia alla servitù non si potrà quindi indurre dal mio silenzio se non quando questo si sia prolungato per lo spazio di trent'anni, di fronte ad opere contrarie al mio diritto (3).

La questione è tuttavia controversa, e non mancano sentenze in senso contrario. Si legge in un giudicato della Corte di Bruxelles doversi presumere che il proprietario del fondo dominante abbia tacitamente rinunziato alla servitù, quando tollera che il suo vicino elevi o conservi delle opere che impediscono l'esercizio del diritto: ciò risulta *ex natura rei*, dice la Corte, ed è fondato così sopra molteplici leggi romane come sulla

---

(1) Bruxelles, 27 maggio 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 29). DEMOLOMBE, t. XII, p. 602, n. 1041.

(2) DEMOLOMBE, t. XII, p. 602, n. 1041 e gli autori che cita.

(3) AUBRY e RAU, t. III, p. 110 e nota 30 e gli autori che ivi sono citati.

dottrina degli scrittori, specialmente di Voet (1). Noi abbiamo un gran rispetto per Voet e pel diritto romano, ma veneriamo ancor più la legge che ci governa: ora l'art. 707 contrasta con l'opinione di Voet, e non permette d'invocare *la natura delle cose*, motivo talmente vago che non vi si dovrebbe ricorrer giammai, sopratutto quando si tratta di rinuncia (2).

Demolombe dice che bisognerebbe fare un'eccezione alla regola nel caso in cui il proprietario del fondo dominante non avesse solamente veduto e sopportato, ma avesse positivamente approvati e autorizzati i lavori, per esempio dirigendoli egli medesimo, dovendo evidentemente un tal fatto essere considerato come una rinuncia alla servitù. A dire il vero, questo caso non è una eccezione, ma piuttosto l'applicazione della regola. Infatti, non si tratta più del silenzio del proprietario del fondo dominante; egli compie un fatto; quindi i tribunali hanno diritto di esaminare se questo fatto includa il suo consenso. Questo caso ebbe a presentarsi innanzi alla Corte di Bruxelles. Il proprietario di un castello godeva della servitù di prospetto sovra un fondo vicino in cui trovavasi una cartiera. Vi fu addossato un magazzino. Da qui il reclamo, che non venne accolto. Non solamente il magazzino era stato costruito a vista e saputa dell'attore; ciò non sarebbe stato sufficiente a termine dell'art. 707; ma egli medesimo aveva dato consigli ed istruzioni durante i lavori fungendo in qualche guisa d'architetto, e limitando i livellamenti della costruzione. Vi era quindi una serie di fatti che implicavano una rinuncia (3).

N. 3. — Dell'espropriazione per causa di pubblica utilità.

339. Gl'immobili espropriati per causa di pubblica utilità vengono affrancati da tutti i pesi che li gravano, poichè questi non sarebbero compatibili colla nuova destinazione da darsi ai fondi espropriati. Va da sè che coloro i quali profittano dell'estinzione hanno diritto ad una indennità: è questo il diritto comune. La sola questione che dobbiamo esaminare è quella di conoscere da qual momento si avveri l'estinzione delle servitù. La Corte di cassazione ha deciso che la sentenza la quale pronuncia l'espropriazione ha per conseguenza necessaria l'estinzione dei diritti reali e specialmente delle servitù che gravano l'immobile espropriato (4). Egli è lo stesso delle sen-

(1) Bruxelles, 12 febbraio 1828 e 27 gennaio 1829 (*Pasicrisie*, 1828, p. 53 e 1829, p. 29).
(2) Demolombe, t. XII, p. 604, n. 1043.
(3) Bruxelles, 17 aprile 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 171).
(4) Sentenza di rigetto della Camera civile del 9 febbraio e 12 marzo 1863 (Dalloz, 1863, 1, 254-255).

tenze che dànno atto ad un proprietario del suo consenso alla cessione dell'immobile per causa di pubblica utilità. Ma qui vi è a fare una restrizione. Nulla impedisce ai proprietari di cedere i loro terreni per opere pubbliche prima che siano state adempiute le formalità prescritte per l'espropriazione; se non vi fu dichiarazione di pubblica utilità, la cessione sarà una vendita ordinaria e, per conseguenza, le servitù che gravavano l'immobile sussisteranno, poichè la vendita volontaria di un immobile non estingue le servitù (1).

---

(1) Parigi, 27 agosto 1864 (Dalloz, 1864, 5, 167).

APPENDICE
AL LIBRO II DEL CODICE NAPOLEONE

TITOLO V.
Dell' Enfiteusi (1)

CAPITOLO I.
NOZIONI GENERALI.

§ I. — *Origine dell'Enfiteusi.*

340. Il codice non si occupa dell'enfiteusi, esso non la menziona nè fra i diritti reali enumerati nell'art. 542, nè fra i diritti reali immobiliari suscettibili d'ipoteca (art. 2118). Di qui gravi difficoltà sulla questione di sapere se l'enfiteusi esista ancora in diritto francese, come un diritto reale immobiliare. Nella legislazione belga, questo dubbio è cessato: una legge del 10 gennaio 1824 ha colmato la lacuna lasciata nel codice civile, ed ha conservato l'enfiteusi coi caratteri essenziali che le erano propri nell'antico diritto. Questo ci dispensa dall'entrare nella controversia che si agita sempre nel campo della dottrina; la giurisprudenza si è pronunziata a favore della esistenza dell'enfiteusi. Importa di constatare il fatto, poichè ne risulta che le sentenze e gli autori che ammettono l'enfiteusi possono invocarsi nel Belgio per l'interpretazione della legge del 1824. Questa formava un titolo del nuovo codice civile prossimo ad esser posto in esecuzione quando la rivoluzione del 1830

(1) PEPIN LE HALLEUR, *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Parigi 1843 (Memoria premiata dalla Facoltà di diritto di Parigi). Esiste altresì una monografia sul diritto romano: *Zusariae Guidonis et Clari de jure emphyteutico tractatus*, 1575, 8.°.

pose fine al regno dei Paesi Bassi. Lo stesso avvenne d'una legge della medesima data concernente la *superficie*. La pubblicazione anticipata dei due titoli del codice dei Paesi Bassi dimostra come si sentisse bisogno d'una legge che dissipasse i dubbi cui aveva dato luogo il silenzio del codice Napoleone. Ma non si ebbe forse ad illudersi relativamente all'importanza di questa materia? Quando si trattò dell'esame preliminare del titolo dell'*Enfiteusi,* una sezione aveva proposto di ridurre tutta la materia ad un solo articolo di legge. È scritto nelle risposte del Governo alle osservazioni delle sezioni della seconda camera degli stati generali, che l'enfiteusi era argomento molto importante e che si doveva quindi dargli lo sviluppo che il soggetto richiedeva. Queste prévisioni non si sono avverate. Noi non sappiamo se le enfiteusi siano frequenti nelle provincie settentrionali dell'antico regno dei Paesi Bassi. È certo che nel Belgio la giurisprudenza è quasi muta; appena si trovano talune decisioni sulla materia nella raccolta che pubblica le sentenze rese dai tribunali di prima istanza. É questa una ragione per non estenderci sovra un diritto che si è conservato nella tradizione, ma che non ha ormai più ragione di essere (1).

341. L'enfiteusi è una specie di locazione a lungo termine; secondo la legge belga, non può esser fatta per un tempo minore ai ventisette anni, nè superiore ai novantanove. Questo contratto dà all'enfiteuta un diritto reale sul fondo ed il pieno godimento dell'immobile. Come avviene mai che accanto alla locazione ordinaria, la quale può pure essere stipulata a lungo termine, il legislatore abbia istituita una locazione a titolo di diritto reale? I nostri migliori autori, Cuiacio, Domat, rispondono che l'enfiteusi fu stabilita nell'interesse dell'agricoltura. Ascoltiamo Domat: « Siccome i proprietari dei fondi incolti non potevano con facilità trovare degli affittuari, si studiò il modo di affidare in perpetuo questa specie di fondi a persone che li coltivassero, vi facessero delle piantagioni od altrimenti li migliorassero, come vuole il significato della parola enfiteusi. Mediante questa convenzione, il proprietario del fondo s'avvantaggia dal suo canto, assicurandosi una rendita certa e perpetua; e dal proprio lato, l'enfiteuta trae un utile dall'impiego del suo lavoro e della sua industria nel migliorare, a suo profitto, la cultura del fondo stesso » (2). Questo motivo non giustifica sufficientemente l'enfiteusi. Nel nostro diritto moderno, anche la locazione può essere contratta per un periodo di novantanove

---

(1) Ci limitiamo a citare l'ultima sentenza del 26 aprile 1853 (Dalloz, 1853, 1, 145). Vedi le autorità in Dalloz, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 3 e 4. In senso contrario, Demolombe, t. X, p. 400, n. 491 e Aubry e Rau, t. II, p. 452, § 224 *bis*.

(2) Domat, *Lois civiles*, lib. I, t. IV, sez. X. p. 69. Cfr. Duvergier, *Du Louage*, n. 142.

anni. Che se il terreno è incolto, il prezzo del fitto sarà più modico. Le locazioni ordinarie presentano dunque i medesimi vantaggi che quelle ad enfiteusi.

Per iscoprire le ragioni che hanno suggerita l'introduzione delle enfiteusi, bisogna risalire allo stato sociale dell'Impero romano, sotto il quale esse son nate. La storia tradizionale racconta che i Barbari distrussero l'Impero e l'antica civiltà. A vero dire la società periva, estinguendosi per inanizione. Oggidì la popolazione s'accresce in proporzioni che talvolta hanno atterriti gli economisti. Sotto l'Impero la popolazione diminuiva, le case cadevano in rovina per mancanza di abitanti, i campi rimanevano incolti perchè non vi erano più coltivatori. Ecco perchè non si trovavano più affittuari. E tuttavia ne occorrevano più che mai, poichè i piccoli proprietari erano stati assorbiti. È noto il grido d'angoscia di Plinio: i *latifundia* hanno rovinato l'Italia, essi sono in procinto di rovinare le provincie. L'Italia, questa antica madre delle messi, non produceva più abbastanza grano per nutrire i suoi rari abitanti. Oggidì la proprietà fondiaria è ricercata con una specie di passione. Il codice attribuisce allo Stato i beni vacanti e senza proprietario. Disposizione oziosa, dicono tutti i commentatori; salvo che non si tratti di una eredità giacente, non vi sono più immobili abbandonati. Sotto l'Impero invece, i terreni rimanevano incolti, venivano disertati poichè, mancando le braccia per coltivarli, non vi era più mezzo di cavarne un profitto qualunque (1). In questo stato di decadenza, per meglio dire, di decrepitezza, s'immaginò l'enfiteusi per attirare i coltivatori. Fu un espediente, dice lo storico dell'enfiteusi, non un rimedio (2). Se vi fossero stati coltivatori, non sarebbero mancati neppure affittuari. Il male era irreparabile. Fu necessario uno di quei rimedi che la provvidenza manda alle società che non possono salvarsi da sè stesse. Iddio inviò i Barbari. I Romani sentivano tanto la necessità di questa immensa rivoluzione, che essi medesimi chiamarono sull'Impero i futuri devastatori di Roma. Fu un uragano che, tutto distruggendo, rese la vita ad una società morente.

342. Nel medio evo l'enfiteusi cambiò carattere, come la proprietà. La proprietà romana era un diritto assoluto che non soffriva divisione; sotto l'influenza delle idee feudali, al contrario, il diritto di proprietà si frazionò: ciascuna cosa per così dire ebbe due proprietari, poichè non eravi terra senza signore. Il signore aveva la proprietà onorifica, il dominio che conferiva la sovranità; poichè la sovranità altresì era frazionata all'infinito essendo ogni barone re nella sua baronia. Quanto ai diritti utili che la proprietà conferisce, appartenevano al suo vas-

(1) Vedi i miei *Études sur l'historie de l'humanité*, Roma (2.ª edizione).
(2) Pepin le Halleur, *Historie de l'emphytéose*, p. 16, 28, 54, 167.

sallo che possedeva la terra e la coltivava. Il contratto usuale che stabiliva questa divisione della proprietà dicevasi *locazione a censo*. Mediante questo contratto, il proprietario di un fondo ne trasferiva ad un altro il dominio utile dietro una prestazione annua e ne riteneva il dominio diretto. Che cosa erano questi due dominii che si esercitavano sopra una sola e medesima cosa da due proprietari? Pothier risponde: « Il dominio diretto che i signori di feudi o di censi hanno sulle terre, è il dominio antico, originario e primitivo del fondo da cui si è staccato per mezzo di un'alienazione, il dominio utile ». Da questa divisione della proprietà risulta, continua Pothier, che il dominio diretto non è che un dominio di superiorità, vale a dire il diritto che compete ai signori di farsi riconoscere come tali dai proprietari dei fondi da essi tenuti, e di esigere taluni doveri, talune prestazioni in riconoscimento della loro signoria. Il dominio utile consisteva nei dritti scaturienti dalla proprietà: era il godimento pieno ed intiero della cosa sotto taluni oneri che implicavano la superiorità del dominio diretto.

Che diviene l'enfiteusi in quest'ordine d'idee? Cosa singolare! Essa sembrava consacrare quella stessa divisione del dominio, che formava il carattere essenziale della proprietà feudale. Il concedente era proprietario incontestabile; in ricognizione del suo diritto di proprietà, riscuoteva una prestazione simile al censo feudale. Ma anche l'enfiteuta aveva una specie di dominio; non gli si permetteva forse di alienare e d'ipotecare, facoltà che appartengono al solo proprietario della cosa? non aveva egli il pieno godimento del fondo enfiteutico? Le parole stesse sembravano identiche per designare l'enfiteusi e la locazione a censo. Si leggeva nelle leggi romane che il concedente aveva le azioni *dirette* e l'enfiteuta le azioni *utili:* non era forse questo il dominio *diretto* ed il dominio *utile* della proprietà feudale? Le apparenze dovevano ingannare i legisti in un'epoca in cui ogni proprietà era divisa. Noi abbiamo, dice Boutaric, un contratto che non differisce quasi che solo di nome dall'enfiteusi, cioè la locazione a censo. Se vi è qualche differenza dall'uno all'altro, si è che non si può concedere a censo se non un fondo che si possiede in feudo; mentre per concedere un fondo a titolo d'enfiteusi basta possederlo come allodio ed indipendente da ogni signoria diretta (1).

Questa confusione dell'enfiteusi colla locazione a censo ebbe conseguenze importanti. Il concedente era proprietario, ma il suo diritto ad altro non si riduceva che ad un dominio di superiorità, vale a dire quello di essere riconosciuto come il proprietario antico, originario e primitivo e di richiedere taluni

(1) BOUTARIC, *Commentaire sur les Institutions de Justinien*. libro III, t. XXIV, § 3. POTHIER, *Traité de la propriété*, n. 3.

doveri e prestazioni in ricognizione di tale antica qualità. Quanto al dominio utile, esso apparteneva all'enfiteuta. Anche costui era dunque proprietario; come la parola stessa esprime e Pothier dimostra, il dominio utile comprendeva tutti quei vantaggi che un fondo può dare, come il percepirne i frutti ed il disporne ad arbitrio. Ecco la proprietà feudale in tutta la sua estensione. La confusione passò nel linguaggio. I Romani chiamavano *pensione* o *canone* la prestazione che l'enfiteuta doveva pagare al concedente; nel medio evo, le si diè nome di censo o censivo, prestazione che nel diritto feudale era il segno della signoria diretta che spettava al concedente (1).

343. Ecco l'origine della divisione del dominio in diretto ed utile, che ha una sì gran parte nell'istoria e nella teoria dell'enfiteusi. Nata dal regime feudale, gli sopravvisse, così come gli effetti civili del feudalismo si protrassero per secoli dopo che il feudalismo politico fece luogo alla monarchia assoluta. Nulla vi ha di più tenace che le tradizioni giuridiche; il diritto è un aspetto della vita, e la vita non si trasforma che lentamente. Da ciò le singolari teorie dei giureconsulti dei paesi consuetudinari; educati nel rispetto al diritto romano, essi amavano insieme le tradizioni consuetudinarie. Ciò spiega la loro tendenza ad identificare due diritti essenzialmente diversi, il diritto romano ed il diritto feudale. Domat conserva la divisione della proprietà tra il concedente e l'enfiteuta, dandogli un colore romano. Egli ammette che l'enfiteusi operi una traslazione di proprietà, quantunque il concedente rimanga proprietario. Ecco in qual modo egli intende questa divisione che per un giureconsulto romano sarebbe stata incomprensibile. Colui che concede un terreno in enfiteusi ne mantiene il dominio per godere della rendita, come frutto del suo proprio fondo, il che gli conserva il principale diritto di proprietà, quello cioè di godere come padrone. L'enfiteuta, dal proprio canto, acquista il diritto di trasmettere il fondo ai suoi successori in perpetuo, di venderlo, donarlo, alienarlo, coll'onere dei diritti del concedente, nonchè di eseguirvi piantagioni, costruzioni e tutti quei miglioramenti che gli sembrassero opportuni, facoltà queste che costituiscono altrettanti diritti di proprietà. I diritti che il proprietario conserva e quelli che passano all'enfiteuta sono comunemente distinti, continua Domat, colle parole di ***proprietà diretta*** che si dà al diritto del primo e con quelle di ***proprietà utile*** che indica il diritto dell'enfiteuta. Domat scriveva secondo i principii del diritto romano; e perciò egli si sforza di dare un'apparenza romana ad una teorica che è essenzialmente feudale. Il concedente, egli dice, è il primo padrone del fondo;

(1) Salvaing, in Merlin, *Question de droit*, alla parola *Rente foncière, Rente seigneuriale*, § XIV, n. 2.

egli conserva il suo diritto originario di proprietà, ad eccezione di quanto trasmette all'enfiteuta. E l'enfiteuta acquista il diritto di godere e disporre, salvi i diritti riservati al proprietario del fondo. In tal modo Domat si studia di conciliare i passi delle leggi romane nei quali l'enfiteuta è talora chiamato proprietario, talora invece si vede negata questa qualità (1).

Un altro giureconsulto, l'ultimo che abbia scritto sulle materie feudali, Henrion de Pansey, non esita di attribuire al diritto romano la divisione della proprietà in dominio diretto ed utile, distinzione che forma il carattere essenziale della teoria tradizionale dell'enfiteusi. Se non v'è la parola, vi è però la cosa. Infatti, l'enfiteuta aveva l'azione di rivendica *utile;* ora, il solo proprietario può rivendicare, dunque l'enfiteuta era considerato come proprietario. Il concedente, da sua parte aveva la rivendica *diretta,* contrassegno della proprietà superiore che si riservava, e che non gli fu contestata mai. È in questo modo che la distinzione creata dai Romani tra l'*azione utile* e l'*azione diretta,* riguardo ai fondi dati in enfiteusi, produsse la differenza tra il *dominio diretto* e il *dominio utile;* non si diceva più che il conduttore aveva l'azione utile, ma che aveva il dominio o la proprietà utile. Domat soggiunge che Coquille pel primo ha trovata questa spiegazione di un punto che ebbe assai ad imbarazzare gli scrittori, a tal segno che molti hanno persino creduto che la distinzione della signoria diretta dalla proprietà utile fosse un' invenzione degli antichi Franchi o di qualcuno dei popoli che smembrarono l'Impero romano (2). Merlin trova che la dimostrazione nulla lascia a desiderare: è dunque, secondo lui, un punto assodato che la distinzione della proprietà in dominio diretto ed in dominio utile trae la sua origine dalle leggi romane (3).

344. E' tempo ormai di sostituire la verità a questo diritto ed a questa storia affatto cervellotici. La dottrina romana era stata esposta nel secolo XVI da due eminenti giureconsulti, Cuiacio e Donello. Quest'ultimo sopratutto ha posto gran cura nello stabilire i veri principii; egli aveva contro di sè la tradizione del medio evo e tutti gl'interpreti del diritto consuetudinario, essenzialmente feudale. É facile dimostrare che il concedente fosse proprietario; i giureconsulti e le costituzioni imperiali non gli danno mai altro nome. Ora se il concedente è proprietario, è impossibile che lo sia l'enfiteuta; non ci dicono forse e le leggi romane e la stessa ragione, che non possono coesistere due proprietari di una sola e medesima cosa, perchè il diritto assoluto dell'uno esclude il diritto assoluto

---

(1) DOMAT, *De lois civiles,* libro I, t. IV, sez. X, n. 5 e 6.
(2) HENRION DE PANSEY, *Dissertations féudales,* alla parola *Cens,* § VI.
(3) MERLIN, *Questions de droit,* alla parola *Emphitéose,* § V, n. 1 (t. VI, p. 275).

dell'altro? È detto altresì che gli enfiteuti, ancorchè la loro locazione sia perpetua, non acquistano la proprietà del fondo sebbene possano esercitare un'azione di rivendicazione utile, pur contro il concedente (1). Non si direbbe che questa legge è stata emanata per prevenire la confusione tra l'*azione utile* ed il *dominio utile?* Ma, si osserverà, che cosa è dunque questa proprietà del concedente? Una vana parola; tutto ciò che vi è di utile nella proprietà appartiene all'enfiteuta: è questi dunque, in verità, che possiede il dominio utile. L'obbiezione confonde la divisione con lo smembramento della proprietà. Senza dubbio il concedente non ha più la piena proprietà del fondo che dà in enfiteusi. Il conduttore ha diritto di fare taluni atti di proprietà, atti che sono staccati dal diritto di dominio; il che ribadisce il principio che il diritto rimane al concedente. E questo diritto non è una vana parola. Il concedente riceve una prestazione annua; a qual titolo? Precisamente perchè è proprietario ed in ricognizione anzi di questa sua qualità. Quando l'enfiteuta aliena il suo diritto deve farne denuncia al concedente e questi ha facoltà di essere preferito; in ogni caso gli spetta la cinquantesima parte del prezzo. Perchè? Perchè è proprietario.

Ancora, egli rientra nel suo pieno diritto di dominio se l'enfiteuta non adempie alle proprie obbligazioni. Proprietario al momento in cui ha dato il suo fondo in locazione, conserva, per tutta la durata di questa, il suo diritto di proprietà. Ciò spiega perchè gli sia accordata l'azione di rivendicazione che vien chiamata diretta in quanto è la conseguenza e la sanzione del suo diritto di proprietà. L'enfiteuta non ha che un'azione utile, vale a dire fittizia; questa finzione medesima depone contro di lui, provando che, giusta la realtà delle cose, egli non è proprietario. É vero che parecchie costituzioni imperiali gli danno questo titolo, ma si tratta ivi di fondi appartenenti al patrimonio del principe, dunque di contratti particolari; è un'eccezione al diritto comune, e l'eccezione conferma la regola (2).

La dimostrazione è decisiva. Ma i pregiudizi si trasmettono più facilmente che le verità. Noi vedremo più innanzi come l'errore si sia perpetuato nella giurisprudenza francese: per estirparlo dalla scienza del diritto romano, sono stati necessari nuovi sforzi. I nomi che illustrano la scienza tedesca nel secolo XIX fanno talvolta obliare le grandi figure del XVI; giustizia vuole si riconosca che Thibaut e Vangerow non hanno fatto che ripetere quanto ebbe a dire quel valentissimo che non teme confronti, il Donello: l'enfiteuta non è proprietario,

---

(1) L. 1, D., *si ager vectig.*

(2) Donelli *Commentaria*, lib. IX, cap. XIV, §§ 26-29 (t. V, p. 378-381, edizione tedesca).

egli non possiede sul fondo enfiteutico che un diritto reale, mentre il dominio ne rimane al concedente (1).

345. Gli antichi autori parlano ordinariamente dell'enfiteusi come d'un diritto perpetuo. Tale era, infatti, il carattere della locazione enfiteutica; e siccome secondo i concetti del diritto consuetudinario, importava una divisione della proprietà, aveva tutta l'apparenza di quel dominio feudale che si diceva censivo. Non fa dunque meraviglia se il legislatore rivoluzionario abolì la enfiteusi perpetua come infetta di feudalismo (2). Non si poteva più far questione d'un dominio utile e di un dominio diretto essendo questa distinzione essenzialmente feudale, mentre si aveva distrutto il feudalismo sin nelle sue ultime vestigia. Le leggi della Rivoluzione conservarono l'enfiteusi temporanea; e con tale carattere appunto la consacrò la legge belga del 1824. Che cosa è dunque l'enfiteusi secondo il nuovo diritto? Dianzi si dava al contratto che la creava il nome di locazione enfiteutica; la nostra legge non si vale di questo termine, essa non chiama locatore colui che costituisce l'enfiteusi, ma gli dà sempre il nome di proprietario. È però da notarsi che, anche nella locazione ordinaria, la legge dà talvolta il nome di proprietario a colui che loca od affitta un bene, poichè ordinariamente è il proprietario che consente questo contratto. Non ostante che il linguaggio sia mutato, l'enfiteusi conserva una grande analogia con la locazione: anche il proprietario riceve un'annua prestazione, la durata della locazione può essere la stessa di quella dell'enfiteusi, l'affittuario può essere autorizzato a costruire ed a migliorare. Resta però sempre una differenza fondamentale, cioè che l'enfiteusi ingenera un diritto reale, mentre la locazione non produce che un diritto di obbligazione. Qui torna a presentarsi la questione che abbiamo già menzionata: perchè il legislatore stabilisce a lato della locazione ordinaria una locazione eccezionale? La personalità dell'uno dei diritti e la realità dell'altro sono una ragione sufficiente per giustificare l'istituzione di due contratti che hanno il medesimo obbietto nel diritto moderno, quello di procurare una rendita al proprietario e mezzi di sussistenza a colui che coltiva il fondo come affittuario od enfiteuta?

La questione tiene divisi tanto i giureconsulti quanto gli economisti. Duvergier dice che la scienza economica nulla ha scoperto di più ingegnoso e di meglio organizzato che l'enfiteusi; Troplong, al contrario, pensa che il contratto enfiteutico non sia opportuno se non in circostanze eccezionali. Demolombe va ancora più oltre; secondo lui, l'enfiteusi non ha più ragione di

---

(1) THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen*, n. 11, et *Versuche*, II, n. 3. VANGEROW *Pandekten*, t. I, p. 728, nota.

(2) Leggi degli 11 agosto 1789, 18 dicembre 1790 e 17 luglio 1793.

essere (1). Say biasima l'uso delle locazioni enfiteutiche, mentre Rossi vede in esse un germe di progresso per l'economia sociale ed appunta gli autori del codice civile di avere abbandonato un contratto di questa importanza all'incertezza d'una giurisprudenza esitante (2). Ci sembra che i fatti debbano mettere fine alla discussione. La giurisprudenza francese riconosce la validità della locazione enfiteutica; nel Belgio essa è regolata da una legge. Si è veduto forse che questi contratti siansi moltiplicati ed abbiano impresso un potente impulso all'agricoltura? La pratica, per così dire, lo ignora. Essi hanno avuto origine in un'epoca di decadenza universale; si cercavano enfiteuti perchè non si trovavano affittuari. Nel medio evo, l'immensità dei dominii del clero e della nobiltà rese necessaria la divisione della proprietà. Dunque l'enfiteusi accompagna sempre uno stato anormale della proprietà fondiaria. Nell'ordine regolare delle cose, la locazione è sufficiente. L'enfiteusi non è mantenuta che come ultimo avanzo d'una tradizione secolare.

§ II. — *Caratteri dell'enfiteusi.*

346. La legge del 10 gennaio 1824 definì l'enfiteusi in questi termini (art. 1.°): « L'enfiteusi è un diritto reale, che consiste nell'avere il pieno godimento d'un immobile appartenente ad altri, a condizione di pagargli una prestazione annua, sia in denaro, sia in natura, in ricognizione del suo diritto di proprietà ». Questa definizione ci fa conoscere i caratteri che distinguono l'enfiteusi moderna. Essa differisce in due punti essenzialissimi da quella che porge Domat. Domat diceva che l'enfiteuta aveva diritto di godere e disporre del fondo *in perpetuo* a condizione di coltivarlo e di *migliorarlo*. La legge belga, al contrario esclude la proprietà, poichè aggiunge (articolo 2): « l'enfiteusi non potrà essere stabilita per un termine eccedente novantanove anni nè inferiore ad anni ventisette ». Noi ritorneremo più innanzi sulla durata del contratto enfiteutico. Quanto al *miglioramento,* lo si considerava dianzi come essenziale all'enfiteusi; tutti gli autori osservano che la parola greca (3) da cui deriva il termine di enfiteusi implica l'obbligo di migliorare il fondo mediante piantagioni, costruzioni od altre opere. Tale fu, infatti, l'obbietto primitivo dell'enfiteusi. Ma

---

(1) Duvergier, *Du louage*, n. 143. Troplong, *Du louage*, n. 51. Demolombe, t. IX, p. 407, n. 49.

(2) Say, *Economie politique*, t. II, p. 74; Rossi, *Observations sur le droit civil français, considéré dans ses rapports avec l'état économique de la société* (*Revue de législation*; l'articolo è stato riprodotto nella *Revue de Revues de droit*, t. III, p. 45).

(3) 'Εμφυτεύειν significa piantare. Domat, *Lois civiles*, libro I, t. IV, sez. X, n. 1. Duvergier, *Du louage*, n. 114 (p. 44, nota 3, dell'edizione Belga).

Domat stesso riconosce non essere più questa una condizione dell'istituto. Dopo aver detto che l'enfiteuta deve migliorare il fondo che tiene in locazione, aggiunge questa restrizione: « Quantunque l'enfiteusi sembri limitata, secondo la sua origine, ai fondi incolti, non si danno però meno a tal titolo fondi coltivati e che sono in buono stato ». La nostra legge ha consacrata questa innovazione. Ciò ch'era un obbligo ora è un diritto. A termini dell'art. 5, « l'enfiteuta *può migliorare* il fondo mediante costruzioni, dissodamenti, piantagioni ». S'intente da sè che il diritto può divenire un'obbligazione, se tale è la volontà delle parti contraenti, poichè la legge permette loro di stipulare quelle convenzioni che stimano convenienti, fatta eccezione solo per quanto riguarda la durata del diritto (art. 17). Da ciò risulta che l'enfiteusi ha completamente cambiato carattere; non è più un contratto avente per obbietto di migliorare la coltura, perchè la definizione non accenna neppur lontanamente a ciò. L'enfiteuta acquista il pieno godimento della cosa.

347. Non rimangono che due caratteri dell'antica enfiteusi, l'uno concernente le obbligazioni dell'enfiteuta, l'altro relativo alla natura del suo diritto. L'enfiteuta deve pagare una prestazione annua, in ricognizione, dice la legge, del diritto di proprietà di colui al quale il fondo appartiene. Questa prestazione porta ordinariamente il nome di canone. È certo che il canone è nell'essenza dell'enfiteusi; non si concepirebbe un'enfiteusi senza canone più che non sia concepibile una vendita senza prezzo, o una locazione senza fitto (1). Ma è vero il dire, come fa la nostra legge, che la prestazione è pagata in ricognizione del diritto di dominio del proprietario? Era così nell'enfiteusi primitiva, quando aveva per obbietto di migliorare terre incolte: il canone per conseguenza era assai moderato; esso non rappresentava il godimento dell'enfiteuta, ma piuttosto una ricognizione del diritto di proprietà che rimaneva al concedente. Ora, la legge belga non suppone più che siano dati in enfiteusi fondi incolti, poichè non impone all'enfiteuta l'obbligo di migliorare. Vi è dunque qualche cosa di contraddittorio nella definizione che il legislatore ha dato dell'enfiteusi. Da una parte essa assicura all'enfiteuta il pieno godimento di un fondo che ordinariamente sarà coltivato, e, d'altra parte, suppone che pel pieno godimento della cosa non pagherà che una prestazione modica, la quale sarebbe meno una rendita che una ricognizione del diritto del proprietario. Nel fatto non è così; la misura della prestazione è fissata secondo il valore dell'immobile e non differisce dalle pigioni e dai fitti che pel nome che porta: la legge la chiama canone enfiteutico (art. 10).

348. Il carattere essenziale dell'enfiteusi, secondo la nostra

---

(1) Donelli, *Comment.*, IX. 14, 23 (t. V, p. 374).

legge, è che attribuisce all'enfiteuta un diritto reale sul fondo. Qual'è la natura di questo diritto? Noi abbiamo detto qual'era la teoria dell'antica giurisprudenza, e quale è la vera dottrina del diritto romano. La nostra legge ha consacrato quest'ultima. Rimane tuttavia una difficoltà, che, come vedremo, è assai grave. Vi sono diritti reali più o meno estesi; taluni possono anche implicare una vera divisione della proprietà; l'art. 553 lo suppone, e ne vedremo degli esempi trattando della superficie. La questione sta nel sapere se l'enfiteuta non ha che un diritto di godimento ovvero se ha un diritto di proprietà. Su questo punto regna una grande incertezza nella dottrina e nella giurisprudenza francese; e noi dobbiamo fermarvici alquanto, non foss'altro che per conoscere se si possano invocare nel Belgio le decisioni della Corte di cassazione di Francia. Avremo su questo terreno per avversario un nome di specchiato valore, il Merlin, che è, a nostro parere, il più grande dei giureconsulti moderni. Non gli facciamo che un rimprovero: nato ed educato nell'antico diritto, è rimasto, più ancora che noi siano abitualmente i legisti, l'uomo della tradizione. Questo difetto si fa manifesto sovratutto nella materia dell'enfiteusi, tradizionale per sua natura; siccome la tradizione si rannoda nel contempo al diritto romano ed al diritto feudale, bisognava profondamente penetrare l'uno e l'altro, cogliendo il vero loro spirito: non mancano, infatti, pregiudizi tradizionali e Merlin non ha saputo andarne immune. A lui fa difetto quella filosofia della storia che manca alla maggior parte dei giureconsulti francesi. Da ciò è avvenuto che Merlin ha riprodotto errori storici che fa meraviglia di riscontrare nella giurisprudenza del secolo XIX. Ciò che scusa Merlin e la giurisprudenza è che realmente è compito assai difficile quello di precisare la natura del diritto spettante all'enfiteuta.

Merlin dice che le leggi romane attribuiscono all'enfiteuta un'azione reale, anche contro il concedente; esse gli permettono ancora d'ipotecare il fondo che egli tiene in enfiteusi. Certamente l'enfiteuta non potrebbe nè rivendicare nè ipotecare il fondo enfiteutico, se questo non gli appartenesse, poichè l'azione di rivendicazione non può essere esercitata che dal proprietario, e questi solamente può concedere un'ipoteca. Tuttavia le leggi romane dicono pure che l'enfiteuta non diviene proprietario, mentre qualificano come proprietario il concedente del fondo enfiteutico. Come conciliare queste decisioni che sembrano contraddittorie? Bisogna supporre, si dice, che l'enfiteuta partecipi alla proprietà del concedente; da ciò, la distinzione tra il dominio diretto ed il dominio utile, il primo che rimane al direttario, il secondo che si trasmette all'utilista. Merlin mantiene la distinzione, anche dopo l'abolizione dell'enfiteusi perpetua; poichè anche l'enfiteuta temporaneo ha l'azione reale, e può dare in ipoteca, è insomma vero proprietario. Merlin potrebbe ragionare alla stessa stregua sotto l'impero delle nostre

leggi; poichè, a termini dell'art. 3, l'enfiteuta esercita tutti i diritti annessi alla proprietà; egli può non solamente alienare il suo diritto ed ipotecarlo, ma ancora gravare il fondo enfiteutico di servitù per la durata del suo godimento. Bisognerebbe dunque concludere con lui che il concedente conserva il dominio diretto, e che il dominio utile appartiene all'enfiteuta (1).

Abbiamo già risposto a questa argomentazione. La distinzione fra dominio diretto e dominio utile è un concetto feudale sconosciuto al diritto romano: ora la teorica del codice sulle proprietà è appunto quella del diritto romano. La divisione del dominio tra il direttario e l'utilista è un avanzo del diritto feudale, abolito dalla rivoluzione; la troveremo nelle decisioni della Corte di cassazione, come se vivessimo sempre sotto l'impero del feudalismo. Invano Merlin invoca le azioni reali e il diritto d'ipotecare che appartiene all'enfiteuta: l'usufruttuario ha pure le azioni reali, anch'egli può ipotecare il suo diritto; si concluderà da ciò che l'usufruttuario ha il dominio utile?

349. Passiamo alla giurisprudenza. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione: « L'enfiteusi è un contratto che non si deve confondere nè colla locazione nè colla vendita; esso ha la sua peculiare natura e produce effetti che gli sono propri. Questi sono di *dividere la proprietà* del fondo dato in enfiteusi in *due parti;* l'una formata dal *dominio diretto*, rappresentata dalla rendita che il direttario riceve; l'altra chiamata *dominio utile,* che si compone del godimento dei frutti. L'utilista possiede il dominio utile che gli è trasmesso, per effetto di questa divisione, come proprietario, potendo, durante la locazione, disporne per vendita, donazione, permuta o altrimenti, col carico tuttavia dei diritti del concedente; potendo, durante il medesimo tempo, esercitare l'azione *in rem* per farsi mantenere in possesso contro tutti coloro che lo turbano, compresovi il direttario » (2).

Questa decisione ha in sè uno strano miscuglio d'errore e di verità. Tutto quanto essa dice dei diritti dell'enfiteuta è verissimo, e tuttavia la conseguenza che la Corte ne deduce è inammessibile. Sì, l'enfiteuta esercita tutti i diritti inerenti alla proprietà del fondo, come dice la legge belga (art. 3); e nondimeno questa medesima legge dice formalmente che l'enfiteusi è un diritto reale sopra un immobile *appartenente ad altri,* e soggiunge che l'enfiteuta paga il canone annuo appunto in ricognizione di questo diritto di proprietà. Ciò non dice forse assai

(1) MERLIN, *Questions de droit,* alla parola *Emphytéose,* § V, n. 1 (t. VI, p. 275 e seg.). Tale è altresì la dottrina di PROUDON, *Des droits d'usage,* edizione di CURASSON, t. I, p. 394, n. 382).

(2) Sentenza di Cassazione del 26 giugno 1822 (DALLOZ, alla parola *Action possessoire,* n. 534.

chiaramente che l'enfiteuta non è proprietario? Quanto alla divisione d'una proprietà in dominio diretto ed utile, non può esserne più questione dopo l'89. Ma se l'enfiteuta non è proprietario, come spiegare l'esercizio che gli si accorda di tutti i diritti di proprietà? La difficoltà sussiste dunque ancora.

350. Quanno si leggono le sentenze della Corte di cassazione si direbbe che essa si studi di trovare una soluzione la quale riesca a conciliare il diritto di proprietà del concedente coi diritti così estesi che appartengono all'enfiteuta. Una decisione del 1843 dice che l'effetto proprio della locazione enfiteutica è di produrre l'*alienazione temporanea della proprietà dell'immobile dato in enfiteusi;* che il conduttore, divenuto così proprietario per un tempo determinato, può, durante la locazione enfiteutica, disporre dell'immobile che ne forma l'obbietto, salvo l'esercizio dei diritti del locatore, al terminare dell'enfiteusi (1). La Corte di Parigi ha dato un'altra formola della medesima idea; essa dice che l'enfiteusi conferisce nel tempo istesso un *godimento usufruttuario* per lunghi anni ed una *comproprietà* tra il locatore e l'affittuario; che la proprietà dei beni dati in enfiteusi è divisa in due parti, l'una delle quali è trasmessa all'affittuario, colla facoltà di disporne finchè dura il suo diritto (2).

L'idea d'una proprietà temporanea o di una comproprietà a tempo è altrettanto inammessibile quanto quella della divisione della proprietà tra il locatore e l'enfiteuta. Senza dubbio la proprietà può essere temporanea: ne abbiamo un esempio quando la donazione è revocata per causa d'ingratitudine; il donatario ebbe la proprietà delle cose dal momento in cui il contratto si è perfezionato fino alla revoca; ma per tutto questo periodo di tempo è ben certo che il donante cessò di essere proprietario, perchè non si può concepire che due persone abbiano insieme il dominio sopra una sola e medesima cosa per l'intiero. Ora, il concedente, nell'enfiteusi, non cessa mai d'essere proprietario, poichè ogni anno l'enfiteuta gli paga un canone in ricognizione del suo diritto. Bisognerebbe dunque dire, come fa la Corte di Parigi che vi è comproprietà temporanea a vantaggio dell'enfiteuta; ma non si può comprendere che esista nè comproprietà, nè proprietà esclusiva in un possessore il quale, pagando in ciascun anno un canone, riconosce con ciò che il dominio appartiene soltanto al concedente: l'enfiteuta dunque non è proprietario.

351. In una decisione posteriore a quelle che abbiamo ora

---

(1) Sentenza di cassazione del 24 luglio 1843 (Dalloz, alla parola *Enregistrement*, n. 3034. Vedi, nel medesimo senso, una sentenza del tribunale di Lillo in materia fiscale, del 3 marzo 1849 (Dalloz, 1849, 6, 149).

(2) Parigi 10 maggio 1831 (Dalloz, alla parola *Louage emphytéotique*, num. 9, p. 585).

esaminate, la Corte di cassazione dice che l'enfiteuta ha un *quasi dominio* (1). La sentenza venne pronunziata sopra relazione di Troplong. Questa espressione di *quasi dominio* non è nuova. Cuiacio e Donello se ne servono per indicare che l'enfiteuta esercita, pressochè interamente, i diritti che appartengono al proprietario. Lo stesso dice la nostra legge. Se ne concluderà che questo *quasi dominio* sia una proprietà? Al contrario, l'espressione implica che l'enfiteuta non è domino, nel modo stesso che si parla di un *quasi usufrutto* per indicare che questo diritto non è un vero usufrutto. A questa guisa l'intendevano Cuiacio e Donello; tantochè è appunto dopo di aver stabilito che il solo locatore è proprietario, mentre l'enfiteuta non lo è e non ha neppure il dominio utile, che Donello aggiunge come essendo concesso a costui l'esercizio dei diritti utili nascenti dalla proprietà, può in certo modo affermarsi che egli abbia un *quasi dominio*. Presa in questo senso, la sentenza del 1845 nega che l'enfiteuta sia proprietario; è dunque il contrapposto delle decisioni che ammettono una divisione della proprietà, un dominio utile od una proprietà temporanea. Noi giungiamo adunque alla conclusione che l'enfiteusi è oggidì ciò che era secondo Cuiacio e Donello, un diritto reale, dunque uno smembramento della proprietà (2).

352. Nell'applicazione del principio si presentano talune difficoltà che spiegano l'esitanza della Corte suprema. Il diritto dell'enfiteuta è reale, e poichè si esercita sopra un immobile è un diritto reale immobiliare. Per conseguenza dovrà esser trascritto onde si possa opporlo ai terzi; la legge del 1824 lo dice (art. 1), e la nuova legge ipotecaria lo decide implicitamente poichè assoggetta alla trascrizione tutti gli atti traslativi di diritti reali immobiliari. Bisogna conchiuderne altresì che la costituzione e la trasmissione dell'enfiteusi sono soggette al diritto di mutazione immobiliare? La legge del frimaio anno VII non tariffa il diritto d'enfiteusi. Nel silenzio della legge, bisognava assimilare l'atto costitutivo dell'enfiteusi ad una locazione ovvero ad una trasmissione di proprietà? L'ufficio del registro si limitò per lungo tempo a percepire il diritto di locazione ordinaria; la giurisprudenza era in questo senso, e Championnière insegna la medesima opinione, senza neppur discuterla (3). Dal punto di vista dei principii, questa dottrina non è ammessibile; pel momento facciamo astrazione dai testi. Quantunque l'enfiteusi porti nell'uso il nome di locazione, il contratto enfiteutico non è una locazione. Questa era già la decisione di Zenone. Secondo

---

(1) Sentenza di rigetto del 12 marzo 1845 (Dalloz, 1845, 1, 105).
(2) Cuiacio, sulla legge 74, D., *de rei vind.* Donello, IX, 14, 30.
(3) Vedi le autorità in Dalloz, alla parola *Enregistrement*, n. 1831 e seg. Sulla dottrina degli autori e dell'amministrazione nel Belgio, vedi Bastiné, *Théorie du droit fiscal*, p. 163, n. 369.

la teoria romana, che ha dominato sempre in questa materia, l'enfiteusi ingenera un diritto reale immobiliare, mentre la locazione produce un diritto di obbligazione, diritto essenzialmente mobiliare. Il lungo godimento dell'enfiteuta e gli estesi diritti di cui fruisce costituirebbero altre differenze tra lui e l'affittuario; si può comprendere che si paghi il medesimo diritto per una locazione di nove anni e per un enfiteusi di novantanove? Se l'enfiteusi non è una locazione, è un atto traslativo di proprietà? Qui sorgono numerosissimi dubbi. La stessa costituzione che stabilisce l'enfiteusi non essere una locazione, decide egualmente che non è una vendita, e la legge belga è pur essa il più possibile formale: il concedente rimane proprietario; il legislatore non gli dà altro nome. Se non vi è vendita, non vi è traslazione di proprietà. Forse che il contratto speciale chiamato enfiteutico sarebbe traslativo di proprietà? La tradizione romana protesta contro questa opinione; e ad essa pure si oppone la pratica, perchè, ad onta della costituzione di Zenone, essa non cessa di dare il nome di locazione all'enfiteusi. Infine la definizione della legge belga, la quale non fa che riassumere il diritto anteriore, respinge qualunque idea d'una trasmissione di proprietà: lo abbiamo già detto.

La Corte di cassazione mutò giurisprudenza, e di conformità, l'ufficio del registro modificò la sua dottrina. È ammesso oggidì che la locazione enfiteutica e le mutazioni che questa può subire sono soggette ai diritti dovuti per gli atti traslativi di proprietà. Noi rispettiamo la giurisprudenza e la pratica, ma ad una condizione: che esse siano fondate sui veri principii. Si legge in una sentenza di cassazione del 1850 che l'effetto della locazione enfiteutica è di dividere in due parti la proprietà dell'immobile dato in locazione, l'una conservata dal locatore, l'altra che appartiene al conduttore. Ecco un'affermazione: dove è la prova? Il conduttore, dice la Corte, possiede il diritto che gli è trasmesso mediante questa divisione, come proprietario; egli può disporne per vendita, donazione, permuta, può darlo in ipoteca. Ciò è vero, ma lo stesso assolutamente accade dell'usufruttuario; si dirà dunque che costui sia proprietario dell'immobile di cui gode? E se non lo è, non ostante i diritti che esercita, perchè lo sarebbe l'enfiteuta? La sentenza aggiunge che le costruzioni erette dal conduttore sul fondo enfiteutico sono, come il godimento del fondo istesso, sua proprietà durante tutto il corso della locazione. La nostra risposta è sempre la medesima: ciò che la Corte dice dell'enfiteusi, si può dire dell'usufrutto. La conclusione della Corte è che l'enfiteuta ha sopra il suolo e le costruzioni un diritto immobiliare, che dà luogo alla tassa fissata per la trasmissione degli immobili dalla legge del 22 frimaio anno VII. In teoria l'enfiteusi dovrebbe essere sottoposta a un diritto speciale, essendo un contratto di natura affatto particolare: è vero che questo contratto ingenera un diritto reale immobiliare, ma forse che tutti

i diritti reali immobiliari importano traslazione della proprietà? L'usufrutto, le servitù, le ipoteche sono forse atti traslativi di di proprietà e tassati come tali?

In conclusione, i motivi dati dalla Corte di cassazione per assimilare l'enfiteusi alla vendita s'indirizzano al legislatore. Egli avrebbe dovuto stabilire un diritto speciale per un contratto che ha caratteristiche al tutto speciali. Ciò ne sembra evidente. Il contratto enfiteutico non importa divisione della proprietà. Il concedente rimane proprietario, egli può dunque alienare il suo diritto; se lo aliena, dovrà l'acquirente pagare il diritto di mutazione allorchè non entrerà in godimento che dopo cinquanta, sessanta o novantanove anni? Vi è in ciò una condizione speciale resultante dalla lunga durata dell'enfiteusi, ed una condizione speciale domanda una particolare decisione. D'altra parte, la durata dell'enfiteusi può non essere che di ventisette anni: pagherà l'enfiteuta, per un godimento così breve, il medesimo diritto di mutazione che per un godimento di un secolo? Altra anomalia. La locazione ordinaria può aver la medesima durata che l'enfiteusi; nel fatto, la condizione di un affittuario che ha una locazione di novantanove anni è presso a poco identica a quella dell'enfiteuta: tuttavia il primo non pagherà che un diritto di locazione (1), il secondo un diritto di trasferimento! Il legislatore avrebbe dovuto tener conto di tutte queste possibili gradazioni. Nel silenzio della legge, si è proceduto per via di analogia. A dire il vero, vi sono analogie in senso diverso; è precisamente per questa ragione che l'imperatore Zenone fece della locazione enfiteutica un contratto speciale; ciò basta per togliere qualunque base giuridica alla giurisprudenza.

La giurisprudenza della Corte di cassazione è costante, ma non è lo stesso dei motivi sui quali poggia; essi variano notevolmente, mentre rimangono pur sempre gli stessi i principii e la legge. Niente meglio di queste esitanze vale a dimostrare quanto la dottrina sia incerta in questa materia. La sentenza del 1850 dice che l'enfiteusi importa la divisione della proprietà. Nella sentenza del 1853, non si parla più di divisione: la Corte decide che l'effetto della locazione enfiteutica è di operare la traslazione e l'alienazione temporanea della proprietà dell'immobile dato in enfiteusi (2). Vi è una differenza fondamentale tra una proprietà *divisa* ed una proprietà *temporanea*. Se dunque la sentenza del 1850 ha ragione, quella del 1853 ha torto, e se la sentenza del 1853 consacra la vera dottrina,

(1) Ciò è pacifico in giurisprudenza. Sentenza di rigetto del 24 agosto 1857 (DALLOZ, 1857, 326) e dell'11 novembre 1861 (DALLOZ, 1861, 1, 444).

(2) Sentenza di cassazione del 23 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 53). Vedi, nel medesimo senso, una sentenza di cassazione del 18 maggio 1847 (DALLOZ, 1847 1, 176).

bisogna ripudiare come erronea quella del 1850. La sentenza del 1853 è del 23 febbraio. Due mesi dopo, la Corte pronunziò una nuova sentenza che ritorna alla teorica della divisione della proprietà; non si accenna più ad una proprietà temporanea (1).

A che gioverebbe fermarsi in mezzo a queste incessanti variazioni? Nell'ultima sentenza che abbiamo citata, quella del 26 aprile 1853, vi è un confronto tra l'usufrutto e l'enfiteusi. La Corte dice che il godimento dell'enfiteuta oltrepassa i limiti di un semplice usufrutto, e costituisce *a più forte ragione*, in favore dell'enfiteuta, un diritto immobiliare la cui traslazione dà luogo al diritto fissato per la trasmissione degli immobili. Ecco una soluzione pratica della difficoltà, che si può accettare, nel mentre si aspetta che il legislatore la decida. La legge del 22 frimaio anno VII (art. 69, § VII, n. 1) sottomette al diritto proporzionale del quattro per cento le vendite e tutti gli altri atti traslativi della *proprietà* o dell'*usufrutto* di beni immobili. Bisogna lasciar da parte l'assimilazione dell'enfiteusi ad un atto traslativo di proprietà; ma nulla impedisce che venga raffrontata all'usufrutto. Non mancano certo anche qui le differenze, come noi vedremo fra poco, ma riuscendo queste ad accordare all'enfiteuta un diritto più esteso di quello dell'usufruttuario, si può ragionare per analogia, per meglio dire *a fortiori*, come fa la Corte di cassazione nella sentenza del 1853.

Nel Belgio, la lacuna che presenta la legislazione francese è stata colmata, in quanto concerne i diritti di successione, dalla legge 27 dicembre 1817 (art. 11 §§ 1 e 5). Questa distingue tra le proprietà immobiliari e le rendite enfiteutiche; le prime sono colpite dal diritto di successione in ragione del loro valore venale al giorno della morte, mentre le rendite enfiteutiche si valutano in relazione ad un capitale formato di venti volte la rendita. Fu giudicato che la legge si applica all'enfiteusi temporanea, la sola cosa che possa farsi legalmente dopo l'abolizione dell'enfiteusi perpetua (2).

§ III. — *L'enfiteusi e la locazione.*

353. Ciò che abbiamo detto prova quanto importi di non confondere l'enfiteusi con la locazione. Si sa che è antica la controversia sul punto di conoscere se il contratto enfiteutico sia piuttosto una locazione che una vendita. Esso ha analogia col contratto di locazione, inquantochè il prezzo del godimento dell'enfiteuta consiste in una prestazione annua come è appunto quello dell'affittuario o dell'inquilino. Ma i diritti dell'enfiteuta

(1) Sentenza di cassazione del 26 aprile 1853 (DALLOZ, 1853, 1, 145).

(2) Sentenza di rigetto della corte di cassazione del Belgio del 30 marzo 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 189).

sono molto più estesi di quelli dell'affittuario. Costui non è che un semplice detentore; egli non ha nè azioni reali nè azioni possessorie; il suo diritto è di obbligazione mobiliare, e perciò non suscettibile d'ipoteca. L'enfiteuta possiede invece le azioni reali e possessorie, il suo diritto è reale, immobiliare e può essere ipotecato. Ecco perche altri giureconsulti rassomigliano l'enfiteusi alla vendita; ma se i diritti dell'enfiteuta si accostano a quelli del compratore, non mancano tuttavia radicali differenze. Il venditore cessa di essere proprietario. Egli trasmette il suo diritto al compratore, vi è dunque una traslazione di proprietà, mentre, nell'enfiteusi, il concedente rimane domino e non trasferisce al conduttore che un diritto reale. Per quanto siano estesi i diritti dell'enfiteuta, questi non proprietario, non ha facoltà di abusare di ciò che appartiene al concedente; può alienare ed ipotecare, ma non vende nè grava di ipoteca l'immobile, bensì soltanto il suo diritto enfiteutico. Di più gli atti di disposizione che egli compie non sono che temporanei, come il suo proprio diritto. L'imperatore Zenone ha avuto dunque ragione di decretare che il contratto enfiteutico non è nè una locazione, nè una vendita, ma un contratto di natura particolare (1).

354. L'imperatore aveva ragione in diritto, ma in fatto la difficoltà sussiste sempre. Che vi siano differenze essenziali tra l'enfiteusi ed i contratti di vendita e di locazione, non è dubbio; ma non fanno difetto certo le analogie. Quindi può esser dubbio se le parti hanno voluto stipulare una locazione, una vendita od un'enfiteusi. Se gli atti fossero redatti con precisione, preverrebbero le liti; disgraziatamente, come dice un annotatore di sentenze a proposito dell'enfiteusi, gli atti si stipulano generalmente con tale negligenza che, anzichè prevenire, fanno sorgere le controversie. Nella specie, si trattava di un atto che le parti avevano qualificato come una vendita: questo era, almeno, il termine usato dal compilatore; ma le clausole ammesse al contratto erano quelle di un'enfiteusi. Si stabiliva in cento anni ed un giorno la durata del godimento ceduto; il cessionario doveva pagare una prestazione annua; vi era, dice la sentenza, traslazione del dominio utile a favore dell'affittuario, vale a dire enfiteusi. Anche questo linguaggio è inesatto, ma la sentenza data dal 1819 (2) ed oggi ancora si trova nelle decisioni giudiziarie questa dottrina antiquata di un dominio utile!

La difficoltà è molto maggiore quando si tratta di distinguere l'enfiteusi da una locazione. Qui le parti contraenti hanno interesse a mascherare il loro pensiero: se il contratto può

(1) L. 1, c. IV, 6 (*de jure emphyteutico*).
(2) Bruxelles, 7 luglio 1819 (*Pasicrisie*, 1819, 1, 419).

essere inteso come una locazione, non pagheranno che su questa, mentre saranno invece soggette ad una tassa di traslazione se il contratto è un'enfiteusi. Da quali caratteri si distingueranno le locazioni dette enfiteutiche dalle locazioni ordinarie? La questione non ha cessato di preoccupare i giureconsulti, ed è singolare che si siano ingannati precisamente i migliori. A sentire Cuiacio, il carattere distintivo dei due contratti consisterebbe nella loro durata: l'enfiteusi, egli dice, è perpetua, od almeno stipulata a lungo termine, mentre la locazione non può mai eccedere un lustro (1). Vi è qualche cosa di vero in questa osservazione, nel senso che la durata normale della locazione è di nove anni secondo le usanze moderne, mentre i contratti enfiteutici vengono ordinariamente stipulati per un secolo. Questa differenza di fatto diviene una differenza legale in virtù della legg del 1824, a termini della quale l'enfiteusi non può essere stabilita per un termine minore di ventisette anni (art. 2 e 17). Ma ciò non tronca la difficoltà. Anche una locazione può essere contratta a lungo termine: si possono dunque avere enfiteusi e locazioni che durino del pari novantanove anni, del che abbiamo già citati esempi, e ne forniremo ancora. Questo carattere non può dunque servire a distinguere l'enfiteusi dalla locazione.

Domat dice che l'enfiteusi differisce dalle affittanze ordinarie per due caratteri *essenziali* che sono le *basi* delle regole particolari dell'enfiteusi; il primo è la perpetuità, il secondo la traslazione d'una specie di proprietà (2). Oggidì non può più parlarsi di perpetuità poichè le nostre leggi proscrivono una tal specie di enfiteusi. Già nell'antico diritto la dottrina di Domat era inesatta; egli medesimo confessa che vi erano locazioni enfiteutiche le quali non erano perpetue, ma solamente a lunghi termini, come per novantanove o cento anni. Questa mancanza di precisione meraviglia davvero: se vi sono enfiteusi temporanee, come mai può farsi della perpetuità un carattere *essenziale* del contratto enfiteutico? Rimane la traslazione d'una *specie di proprietà,* espressione davvero assai vaga: si tratta forse di ciò che Cuiacio e Donello chiamano un *quasi-dominio* (n. 344, 318)? In questo caso, non vi è traslazione di proprietà, ma solamente un godimento molto esteso. Si tratta forse dell'*utile dominio?* Domat riproduce questa dottrina tradizionale, vera nel medio evo, inesatta secondo il diritto romano, inammessibile nel diritto moderno. La sua dottrina ha questo solo di giuridico, che i diritti dell'enfiteuta rassomigliano piuttosto ai diritti del proprietario che a quelli dell'affittuario. Se l'atto li abbia determinati, sarà facile distinguere l'enfiteusi dalla locazione; bastando a ciò una sola parola, poichè la differenza

(1) Cuiacio, sulla legge 74 Dig. *de rei vindic.*
(2) Domat, *Lois civiles,* lib. I, t. IV, sez. X, n. 3.

essenziale consiste nell'avere l'enfiteuta un diritto reale e l'affittuario invece un diritto di obbligazione.

355. La questione si è presentata molte volte innanzi alla Corte di cassazione, e le decisioni vennero quasi sempre motivate l'una diversamente dall'altra. Una sentenza dell'anno VII cita le leggi romane; da queste si deduce, essa afferma, che la locazione enfiteutica è l'alienazione del *dominio utile* con riserva del *dominio diretto*, e che l'enfiteuta diviene proprietario del fondo (1). L'errore è evidente, come abbiamo già dimostrato. Nella specie si trattava di una locazione, poichè era stipulato che, se il locatore vendesse, l'affittuario non potrebbe essere espulso dal fondo: il che era decisivo. L'errore della Corte consisteva in ciò che essa insisteva sul concetto che il concedente rimanesse proprietario, perchè chi accorda un fondo in enfiteusi, rimane sempre tale.

La medesima distinzione del dominio diretto e del dominio utile è riprodotta in una sentenza del 1822 (2). Nella specie, non era dubbio che la locazione fosse enfiteutica. Il primo giudice confondendo la locazione ordinaria con l'enfiteusi, aveva ricusato all'enfiteuta le azioni possessorie. Era un errore evidente: ma anche la Corte suprema s'ingannò motivando la sua decisione sopra un preteso dominio utile appartenente all'enfiteuta. L'usufruttuario non ha alcun dominio utile; in un certo senso, egli è anche possessore precario come l'enfiteuta; il che non impedisce che entrambi godano delle azioni possessorie.

Siccome la difficoltà si presenta ogni giorno, la Cassazione ha creduto di dover decidere in via di massima la questione di sapere da quali caratteri si possa riconoscere l'enfiteusi. Si legge in una sentenza del 1857 che l'enfiteusi si manifesta alle seguenti caratteristiche: « Lunga durata del godimento; diritto di disporre in modo quasi assoluto dell'immobile conceduto; modicità del canone pattuito ed obbligo da parte dell'enfiteuta di sopportare la spesa delle migliorie prevedute (3) ». Abbiamo già detto che la durata del godimento non differenzia punto l'enfiteusi dalla locazione; facendo della lunga durata un carattere distintivo dell'enfiteusi, la Corte di cassazione obliava che, secondo la sua propria giurisprudenza, una locazione di novantanove anni non cessa di essere una locazione ordinaria. È forse vero che l'enfiteuta ha il potere quasi assoluto di disporre del fondo enfiteutico? Egli ha facoltà di disporre del suo diritto di enfiteusi, come l'usufruttuario del proprio: vi è anzi di più, l'affittuario può cedere la sua locazione. Senza

---

(1) Sentenza di cassazione del 23 nevoso anno VII (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 7, 1°).

(2) Sentenza di cassazione del 6 giugno 1822 (DALLOZ, alla parola *Action possessoire*, n. 534).

(3) Sentenza di rigetto del 24 agosto 1857 (DALLOZ, 1857, 1. 326).

dubbio i diritti dell'enfiteuta sono più considerevoli di quelli dell'affittuario, ma non consistono, come dice la Corte, nella facoltà di disposizione dell'immobile dato in enfiteusi; il fondo rimane proprietà del concedente, egli solo può alienarlo, mentre l'enfiteuta non può cedere che il suo diritto d'enfiteusi. Quanto al terzo carattere che riflette le migliorie, neppur esso è essenziale perchè l'enfiteuta non è tenuto a migliorare, mentre il conduttore, al contrario, può esservi obbligato dal suo contratto di affitto. Da ciò consegue che anche l'ultimo carattere enunciato dalla Cassazione manca di esattezza; la prestazione era modica quando l'enfiteuta aveva obbligo di migliorare; oggidì che si danno in enfiteusi terreni coltivati, il canone non differisce in alcun modo dal prezzo di affitto.

Vi è un'altra sentenza dottrinale che si avvicina di più alla verità. « L'enfiteusi, dice la Corte, differisce dalla locazione a lungo termine in quanto trasmette un *diritto reale* sul fondo, un quasi-dominio che permette di disporne in modo quasi assoluto, e che è ben diverso dal diritto di cui la semplice locazione investe l'affittuario ». Ecco i veri principii; l'enfiteuta ha un diritto reale, mentre l'affittuario non ha che un diritto di obbligazione. La Corte non caratterizza il diritto dell'affittuario; noi diremo al titolo della *Locazione* che essa non ammette la teoria di Troplong sulla realità di diritto. Noi accettiamo pure l'espressione di *quasi-dominio* di cui la Corte si serve per qualificare i diritti dell'enfiteuta; essa proviene da Cuiacio e Donello, e contraddice il sistema della divisione della proprietà che noi abbiamo combattuta. « L'enfiteusi, continua la Corte, ha per iscopo piuttosto di migliorare il fondo che di assicurare la percezione regolare dei prodotti, e si manifesta non sempre, ma il più ordinariamente dalla tenuità della prestazione (1) ». Affermare che l'enfiteusi abbia per fine il miglioramento del fondo, è dir troppo. A termini della legge belga non v'ha dubbio: l'enfiteuta non ha più l'obbligo, ma solo il diritto di migliorare il terreno. Già nell'antica giurisprudenza la miglioria non costituiva più un carattere differenziale dell'enfiteusi dal momento che concedevansi in locazione enfiteutica fondi in ottimo stato.

356. L'applicazione di questi principii non è scevra da difficoltà, poichè i principii, quali la Corte li ha formulati, hanno in sè qualche cosa di vago ed anche d'inesatto. Abbiamo già ricordata la decisione del 23 nevoso anno VII (n. 355); la natura del contratto non era dubbia. Lo stesso accade in una specie sottoposta al giudizio della Corte di Bruxelles. Le parti avevano dato al loro contratto il nome di *chyns* con cui si designava dianzi l'enfiteusi; la locazione era stipulata per novantanove anni, ed accordava all'affittuario la facoltà di mu-

(1) Sentenza di rigetto del 21 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 444).

tare i terreni a coltivo in boschi senza il consenso del capitolo: clausola che indicava un godimento più esteso di quello dell'affittuario (1).

Ecco una specie singolare in cui, a nostro parere, non vi era nè locazione nè enfiteusi. La città di Parigi aveva accordato per settant'anni il godimento d'un terreno, a condizione che il concessionario costruisse un mercato, il quale, al termine del contratto sarebbe divenuto proprietà del Comune. Quest'atto era qualificato enfiteusi; esso fu dato in pegno al tesoro a garanzia di un mutuo di centomila franchi. La Corte di Parigi decise che non eravi pegno nè per conseguenza privilegio, poichè il contratto stabiliva un'enfiteusi, cioè un diritto reale immobiliare. Vi si riscontravano infatti i caratteri ordinari dell'enfiteusi: obbligo di migliorare il fondo e di sopportare tutti gli oneri, tutte le imposte, godimento a lungo termine. Ma ne mancava uno: il pagamento d'un canone. La Corte di Parigi ritenne che il canone enfiteutico traesse origine dal feudalismo: la lettura di qualunque delle leggi romane sulla enfiteusi l'avrebbe convinta del suo errore. Per una strana contraddizione, la Corte risuscitò un pregiudizio feudale, affermando che il contratto enfiteutico, alienasse temporaneamente il *dominio utile* (2). È però sempre vero che senza canone non vi è enfiteusi (n. 347). Si trattava dunque d'un contratto innominato. Ingenerava esso un diritto reale? Lo si poteva ammettere per analogia; infatti, la convenzione si avvicinava più ad una enfiteusi e ad un usufrutto che ad una locazione. Poco importa che il diritto reale non sia tassativamente contemplato dal codice civile; noi abbiamo detto altrove che il proprietario può concedere sul suo fondo quel diritto reale che meglio gli convenga (3).

357. È quanto appunto la stessa Corte di cassazione ha deciso nella specie che segue. Un Comune affitta un terreno atto al pascolo per una durata di anni ottanta, mediante un canone modico, coll'onere di effettuare costruzioni, piantagioni, dissodamenti ed altre migliorie che al termine dell'affitto avrebbero dovuto rimanere a profitto del locatore, e con l'obbligo altresì nell'affittuario di sopportare tutti i pesi inerenti alla proprietà. Era questa una locazione od un'enfiteusi? La questione è assai dubbia. Non si potrebbero forse stipulare simili clausole in una locazione ordinaria? Il contratto non diceva che il conduttore avesse un diritto reale, non gli accordava la facoltà di ipotecare, mentre è questo il solo carattere distintivo dell'enfiteusi. Supponendo che fosse un'enfiteusi, nasceva la questione di sapere se tale diritto è conservato dalla legge. Il codice non

(1) Bruxelles, 11 febbraio 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 305).
(2) Parigi, 3 febbraio 1836 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 7, 4).
(3) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 84.

pronunzia questa parola. Non importa, dice la Corte; esso permette che venga concesso ad altri un diritto di godimento sui nostri beni (art. 543), senza determinarne nè restringerne le condizioni o l'estensione. L'articolo 543 che la Corte invoca non è decisivo, poichè si può sostenere che per diritto di *godimento* la legge intenda l'usufrutto; ma i principii generali non lasciano alcun dubbio sul potere del proprietario di smembrare il suo diritto a suo arbitrio.

358. Un Comune concede ad un privato, in forza d'una ordinanza reale, il godimento di un immobile consistente in uno stagno. La concessione, fatta per settant'anni, è qualificata locazione. Il conduttore si obbliga a fare talune opere allo scopo di migliorare la proprietà e di mutarne la coltivazione, senza poter nulla reclamare al termine del suo godimento. Una sentenza della Corte di Nîmes decise che questo contratto smembrava la proprietà trasferendo al conduttore il dominio utile durante la locazione. La Cassazione rigettò il ricorso, affermando che la Corte d'appello non aveva fatto che usare del diritto sovrano che le spetta di interpretare cioè e dichiarare la volontà delle parti; che del resto non aveva disconosciuto i caratteri che distinguono la locazione enfiteutica da quella ordinaria (1). A nostro parere, l'interpretazione che la Corte di Nîmes diè al contratto è assai dubbia. La questione si riduce a ciò: si tratta di un vero smembramento della proprietà, vale dire di un diritto reale immobiliare? Siccome le clausole dell'atto, che noi abbiamo riferite, non si esprimono punto relativamente ai diritti dell'affittuario, così è assai arbitrario decidere che volontà dei contraenti fosse di smembrare la proprietà. Quando le parti danno ad un contratto il nome di locazione, e non impongono all'affittuario alcun obbligo che sia incompatibile con la locazione ordinaria, nè gli conferiscono alcun diritto che oltrepassi quelli d'un affittuario, non vediamo davvero con qual fondamento potrebbesi qualificare il contratto stesso una enfiteusi e scorgervi la trasmissione d'un diritto reale immobiliare.

359. Allorchè le parti medesime designano la convenzione col nome di enfiteusi, ci sembra non vi possa esser più dubbio, purchè, come esige la nostra legge, sia stipulato per ventisette anni almeno: la durata della locazione, la modicità del canone, l'obbligo di fare taluni lavori di miglioramento non sono caratteri decisivi, poichè si possono riscontrare tanto in una locazione ordinaria quanto in una locazione enfiteutica. La natura del contratto dunque rimane incerta finchè le parti non si siano spiegate intorno ai diritti che risultano dalla locazione. Ma se danno il nome d'enfiteusi al loro contratto, risolvono la difficoltà, perchè è nell'essenza dell'enfiteusi di con-

(1) Sentenza di rigetto del 9 gennaio 1854 (Dalloz, 1854, 1, 118).

ferire all'enfiteuta un diritto reale (1). Se le parti non si siano pronunziate e se nessuna clausola dell'atto implichi la concessione d'un diritto reale, vi sarà locazione e per conseguenza un semplice diritto di credito.

360. Donde risulta che il più delle volte gli atti contenenti una cessione del godimento saranno considerati piuttosto come locazioni che come enfiteusi. Un ospizio affitta un terreno per ventisette anni, a condizione di farvi delle costruzioni per le quali è convenuta un'indennità alla cessazione del godimento. L'affittuario cede il suo diritto. Un creditore ipotecario vuol comprenderlo come diritto reale immobiliare nella espropriazione alla quale procede. Fu giudicato che questo contratto fosse una locazione, e che non ne risultava quindi se non un diritto mobiliare. Nulla dimostrava infatti, che l'intenzione del locatore fosse di smembrare la sua proprietà concedendone il dominio utile all'affittuario, come dice la Corte secondo la dottrina tradizionale (2).

Per applicazione di questi principii, il tribunale della Senna ha deciso che l'enfiteusi non può risultare che dalla stipulazione formale delle parti contraenti. Non bisogna intendere questo giudicato nel senso che le parti debbano servirsi del termine d'enfiteusi o di locazione enfiteutica; non vi sono più termini sacramentali. Il tribunale aggiunge che se le parti hanno chiamato il loro contratto una locazione, il giudice non può trasformare questa locazione in enfiteusi, quando non vi è smembramento della proprietà. Se dunque si dicesse nell'atto che l'affittuario potrebbe alienare, ipotecare, o semplicemente che godrebbe d'un diritto reale sulla cosa, vi sarebbe smembramento della proprietà, e per conseguenza la locazione sarebbe enfiteutica, ancorchè le parti non le avessero dato questo nome (3).

Ad una compagnia ferroviaria viene consentita una locazione per novantasette anni. L'atto conteneva delle clausole che non si trovano solitamente in una locazione ordinaria: l'affittuario era obbligato a sostenere, a suo rischio e pericolo, le azioni relative al godimento della cosa locata, a pagare l'imposta fondiaria, a compiere le riparazioni straordinarie di qualunque natura, a sopportare eziandio la perdita parziale della cosa locata, senza diminuzione del canone. Quantunque non usitate, queste clausole non sono però incompatibili con una locazione ordinaria. Nulla del resto indicava che l'affittuario avesse un

(1) Confronta una sentenza di rigetto della sezione civile del 26 gennaio 1864 (DALLOZ, 1864, 1, 83).

(2) Sentenza di rigetto del 15 gennaio 1824 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 7, 3.°).

(3) Sentenza del tribunale della Senna del 28 agosto 1844 (DALLOZ, 1845, 4, 225).

diritto reale sulla cosa locata. Al contrario, il locatore si riserbava l'esercizio di tutte le azioni relative alla proprietà dell'immobile, il che escludeva qualunque alienazione del dominio utile, come si esprime la giurisprudenza, per meglio dire, qualunque smembramento della proprietà. In conseguenza, fu giudicato che alla convenzione doveva applicarsi la tassa di venti centesimi per ogni cento lire, che colpisce le locazioni ordinarie, non già quella di lire cinque e mezza per cento, cui sono sottoposte le locazioni enfiteutiche (1). Ci sembra che la differenza sia grande, troppo grande: vi è a questo proposito nella legislazione una lacuna che dovrebbe essere colmata.

Una locazione vien stipulata per novantanove anni. Nell'atto è detto che l'affittuario non potrà disporre del terreno formante obbietto della locazione che in conformità del diritto comune stabilito al titolo della *Locazione*. Questa clausola era decisiva; ne risultava, infatti, che l'affittuario non aveva che un diritto mobiliare, diritto che poteva cedere, ma che non gli era concesso d'ipotecare l'immobile. Si trovavano, è vero, nell'atto altre stipulazioni poco in uso nelle locazioni, ma non erano però inconciliabili con la locazione ordinaria, e trovavano ampia spiegazione nella lunga durata del contratto. Al contrario, l'atto riservava al locatore il diritto di gravare d'ipoteche i terreni affittati, il che provava, dice la Corte di cassazione, come il locatore conservasse quello che si chiama dominio utile. Dunque non vi era enfiteusi (2).

La Cassazione ha ancor giudicato che la lunga durata della locazione e l'obbligo di fare delle migliorìe che dovranno rimanere al locatore non bastano per stabilire la enfiteusi, perchè la locazione ordinaria non esclude clausole di questa natura. La Corte stabilisce in seguito il vero carattere che distingue la locazione enfiteutica dalla locazione ordinaria, che, cioè questa produce uno smembramento della proprietà, e trasmette all'affittuario un diritto reale suscettibile, come la proprietà istessa, di donazione, di vendita e d'ipoteca. L'enfiteuta aveva, nella specie, un diritto reale? Lungi dall'avere la libera disposizione della cosa locata, egli non ne possedeva neppure il libero godimento; infatti, una clausola dell'atto interdiceva all'affittuario la facoltà di sublocare senza l'autorizzazione del locatore. Il contratto era dunque una locazione (3). Questa sentenza è considerevole, e conferma tutto ciò che noi abbiamo insegnato. La Corte non parla più di dominio diretto, nè di dominio utile, essa non dice più che l'enfiteuta abbia una proprietà temporanea, e neppure che abbia una specie di proprietà, un quasi-dominio. La proprietà è smembrata, come ac-

(1) Sentenza del 24 agosto 1857 (Dalloz, 1857, 1, 326).
(2) Sentenza di rigetto dell'11 novembre 1861 (Dalloz, 1861, 1, 444).
(3) Sentenza di rigetto del 6 marzo 1861 (Dalloz, 1861, 1, 417).

cade in caso di usufrutto, l'enfiteuta ha un diritto reale immobiliare, e ne possiede la libera disponibilità. Ove questo smembramento esiste, vi è enfiteusi, dove invece no, vi è locazione.

Una sentenza della Corte di Bruxelles consacra questi principii. Dicevasi nell'atto che un giardino era affittato, a titolo di locazione, per novantanove anni; il locatore si obbligava a procurarne il godimento all'affittuario a questo titolo. La Corte dice benissimo che questa clausola bastava a caratterizzare il contratto. Del resto tutti i patti della stipulazione erano ispirati al medesimo concetto. Il conduttore si obbligava a coltivare il giardino « a norma di buona coltura »; il che importava che egli non potesse mutare nè la natura nè la destinazione del fondo locato; l'atto a questo riguardo entrava in minuti dettagli, che attestavano la sollecitudine gelosa del proprietario; esso prevedeva ancora il caso di sublocazione. È vero che l'affittuario aveva la facoltà di piantare alberi fruttiferi o di abbellimento sul terreno locato e di costruirvi edifici; ma questa facoltà non suppone che l'affittuario abbia un diritto sulla cosa; egli la ripete dalla convenzione, come avviene assai spesso nelle locazioni di lunga durata. Ora, dal momento che l'affittuario non ha il *jus in re,* che la sentenza impropriamente chiama il dominio utile, non vi è smembramento della proprietà, e non vi è quindi enfiteusi (1).

§ IV. — *Enfiteusi ed usufrutto.*

361. L'enfiteusi ha una grande analogia con l'usufrutto: l'enfiteuta ha, come l'usufruttuario, il diritto di godimento che spetta ad entrambi in virtù di un diritto reale. Vi sono tuttavia delle differenze. L'usufrutto è una servitù personale: inerente alla persona dell'usufruttuario, vien meno colla morte di lui. L'enfiteusi non è una servitù; essa si trasmette agli eredi. Secondo la definizione della legge belga, quest'istituto implica l'obbligazione di pagare un canone annuo; e ciò è essenziale nell'enfiteusi. L'usufrutto può essere costituito a titolo gratuito; l'usufrutto legale è tale per sua stessa essenza; l'usufrutto convenzionale risulta ordinariamente dal contratto di matrimonio, ed è perciò una liberalità. Lo stesso accade dell'usufrutto testamentario. Tuttavia l'usufrutto può essere costituito a titolo oneroso, imponendo all'usufruttuario l'onere di pagare un'annua prestazione. Sorge allora una nuova analogia tra l'usufrutto e l'enfiteusi. Vuol dire ciò che il canone enfiteutico abbia la medesima natura, il medesimo obbietto

(1) Bruxelles, 18 febbraio 1854 (*Pasicrisie,* 1855, 2, 63).

che il prezzo pagato dall'usufruttuario? No. L'usufrutto costituito a titolo oneroso è un contratto aleatorio; il prezzo è fissato in ragione dell'età, della salute e di tutte le circostanze che si prendono in considerazione quando si tratta di valutare un diritto vitalizio. Nell'enfiteusi non vi è alcun'alea. Il canone non rappresenta neppure il godimento; la legge belga dice che vien pagato in ricognizione del diritto di proprietà di colui che dà il fondo in enfiteusi. Finalmente il godimento dell'enfiteuta è più esteso di quello dell'usufruttuario; la legge del 1824 dice che egli ha il *pieno* godimento; ed il codice civile (articolo 578) statuisce che l'usufruttuario gode come il proprietario, ma a condizione di conservare la sostanza della cosa. Questo è il principio: vedremo in seguito quali conseguenze ne derivano.

CAPITOLO II.

COME SI COSTITUISCE L'ENFITEUSI.

§ I. — *Chi può costituire un'enfiteusi.*

362. Essendo l'enfiteusi uno smembramento della proprietà, bisogna applicare i principii che regolano ogni costituzione di diritto reale; chi dà un fondo in enfiteusi deve essere proprietario ed avere la capacità di alienare (1). È questa una differenza notevole tra la locazione ordinaria e la locazione enfiteutica; la locazione è un atto di amministrazione che chi ha la gestione dell'altrui patrimonio può fare, mentre non potrebbe consentire un contratto di enfiteusi. Da ciò consegue che non si possono dare in enfiteusi i beni dei minori, se non alle condizioni e colle forme prescritte per l'alienazione degl'immobili. Lo stesso è a dirsi per la rinnovazione delle locazioni enfiteutiche. Le donne maritate sotto il regime della separazione dei beni, hanno la libera amministrazione del loro patrimonio, possono fare locazioni novennali, ma non potrebbero consentire locazioni enfiteutiche. Se fossero maritate sotto il regime dotale, nol potrebbero neppure con l'autorizzazione del marito, poichè l'inalienabilità che affetta i beni costituiti in dote, impedisce la loro alienazione sia totale che parziale. Infine, lo

---

(1) DONELLI, *Comment.*, IX 13, 8. ARGOU, *Institution au droit français*, t. II, p. 304. MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Emphytéose*, § I, n. 5.

stesso principio si applica ai Comuni ed alle altre persone dette civili, che non possono alienare che sotto talune condizioni; queste medesime condizioni debbono essere adempiute per la costituzione di enfiteusi. Fu giudicato che le locazioni enfiteutiche hanno il carattere di un'alienazione e che secondo le antiche leggi del paese di Liegi, specialmente un'ordinanza del 1706, gl'immobili appartenenti ai Comuni non potevano essere alienati senza una speciale autorizzazione del principe nel suo Consiglio (1).

363. La compera costituisce un atto d'amministrazione; il tutore può acquistare, può dunque stipulare altresì un diritto di enfiteusi. Egli è lo stesso della donna maritata che abbia la libera amministrazione dei suoi beni. Chi acquista l'enfiteusi deve essere però capace di obbligarsi, poichè l'enfiteuta contrae delle obbligazioni. Si dovranno quindi applicare i principii generali relativi agli incapaci (2).

§ II. — *Su quali beni può essere costituita l'enfiteusi?*

364. I soli immobili possono essere dati in enfiteusi. La nostra legge lo dice (art. 1). È questa una nuova differenza tra la locazione ordinaria e la locazione enfiteutica, similmente che tra l'enfiteusi e l'usufrutto. Le necessità sociali ed economiche che fecero introdurre il contratto di enfiteusi nulla hanno di comune cogli oggetti mobili; questi se non si possono affittare, si possono però sempre vendere. Vi è di più. L'enfiteusi primitiva non si applicava a qualunque specie d'immobili; il titolo medesimo delle *Pandette* che tratta dell'enfiteusi dimostra che solamente i terreni formavano obbietto dei contratti enfiteutici. Donello, fedele allo spirito della legislazione romana, dice che gli edifici non possono darsi in enfiteusi; questi non formavano obbietto delle locazioni enfiteutiche che come accessori del suolo. Ma se lo scopo dell'istituzione fu di trovare dei coltivatori per le immense proprietà dei Romani dell'Impero, essa non tardò ad estendersi. Voet dice che ai suoi tempi nei Paesi Bassi erano dati in enfiteusi i molini (3). Secondo il nostro diritto, la questione non è più dubbia, poichè la legge del 1824 si serve dell'espressione generale di *immobili*.

(1) Liegi, 19 luglio 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 235). Confronta Donelli, *Comment.*, IX, 13, 10.
(2) Voet, *Comment. ad pandectas*, lib. VI, t. III, § 6, p. 440.
(3) Donelli, *Comment.*, IX, 13, 11 (t. V, p. 359). Voet, VI, 3, 7, p. 440.

§ III. — *A qual titolo può costituirsi l'enfiteusi?*

365. L'usufrutto, col quale l'enfiteusi ha una grande analogia, può essere costituito a titolo gratuito ed a titolo oneroso. E' egli lo stesso dell'enfiteusi? La tradizione ripugna all'idea della gratuità; il contratto porta il nome di locazione, e non vi è locazione gratuita; se vi si vuol vedere una vendita, neppur questa si concepisce senza corrispettivo. La nostra legge decide la questione nel medesimo senso, poichè richiede un canone annuo, che l'enfiteuta deve pagare al proprietario in ricognizione del suo diritto di proprietà. Tuttavia tutti gli autori insegnano che l'enfiteusi può essere costituita per testamento, quantunque abbiano cura di avvertire che non esiste esempio d'un'enfiteusi testamentaria. Siccome l'enfiteusi impone delle obbligazioni all'enfiteuta, non si concepisce a primo aspetto che venga stabilita con una semplice dichiarazione di volontà del proprietario. E poi il legato non è un titolo gratuito come la donazione? S'intende da sè che non vi è enfiteusi senza canone; il testatore dovrà imporre dunque questo onere al suo legato; l'accettazione del legatario sarà pure necessaria perchè siavi enfiteusi, non potendo egli essere obbligato senza il suo consenso (1). Nondimeno vi sarebbe questa differenza tra l'enfiteusi testamentaria e l'enfiteusi contrattuale, cioè che la prima non dovrebbe essere trascritta, poichè, secondo la nostra legge ipotecaria, soltanto gli atti tra vivi sono soggetti alla trascrizione. È inutile fermarci oltre sopra una questione che forma una di quelle difficoltà immaginate dalla teoria ed ignorate dalla pratica.

366. Secondo la sua origine ed il suo scopo, l'enfiteusi è un contratto a titolo oneroso. Nell'uso porta sempre il nome di locazione, il che implica che si perfeziona col consenso. Siccome ingenera un diritto reale immobiliare, l'atto che lo constata dovrà essere trascritto. Si deve concludere da ciò che sia necessaria una scrittura per la validità del contratto enfiteutico? La tradizione lascia qualche dubbio. Donello insegna che, secondo la legge di Zenone, occorreva un atto scritto; ma le costitituzioni imperiali sono redatte così male che un'argomentazione fondata sul solo testo ha poco valore. È certo che nella pratica si è abbandonata la costituzione di Zenone. Voet dice assai bene che siccome l'enfiteusi partecipa così dalla vendita come della locazione, non vi era ragione di richiedere una scrittura come non ve ne sarebbe a pretenderne una per la validità della locazione ordinaria o della vendita. Nell'antica giu-

---

(1) DONELLI, *Comment.*, IX, 13, 13 (t. V, p. 351). VOET, VI, 3, 3.

giurisprudenza, il contratto non era sufficiente per trasmettere la proprietà nè un diritto reale qualunque; occorrevano delle formalità conosciute sotto il nome di *opere di legge* (1). Il codice civile ha innovato stabilendo il principio che la proprietà si trasmette pel solo effetto del consenso. Ma ciò non è vero che tra le parti; riguardo ai terzi, è richiesta la trascrizione. Se vi fosse un'enfiteusi stabilita per testamento, occorrerebbe necessariamente una scrittura, poichè il testamento è un atto solenne; al contrario, non occorrerebbe trascrizione, a termini della legge belga sul regime ipotecario (art. 1).

367. Nell'antico diritto, l'enfiteusi poteva essere costituita in perpetuo, e si presumeva anzi tale qualora non fosse stata stipulata temporanea, mediante una clausola espressa. Domat andava più oltre facendo della perpetuità una condizione essenziale dell'enfiteusi; secondo lui, era questo uno dei caratteri che distinguono la locazione enfiteutica dalla locazione ordinaria (2). Le leggi emanate dopo la rivoluzione del 1789 abolirono la perpetuità di qualunque specie di concessione; esse conservarono l'enfiteusi temporanea fatta per novantanove anni ed al disotto; quanto alle enfiteusi contratte in perpetuo, furono dichiarate riscattabili, al pari di tutte le rendite (3). La legge belga del 1824 ha mantenuto questo principio; essa fissa un massimo di durata di novantanove anni ed un minimo di ventisette; è questa la sola disposizione alla quale il legislatore non permette di derogare (art. 1 e 17).

368. Quale sarebbe l'effetto di una locazione enfiteutica contratta per meno di ventisette anni o per più di novantanove? Non vi è alcuna difficoltà nella prima ipotesi. Perchè il legislatore belga ha fissato un *minimum* di durata per le locazioni enfiteutiche? Nella discussione preparatoria del progetto di legge, una sezione aveva domandato che si sopprimesse questa disposizione. Il governo rispose che per la durata dell'enfiteusi doveva essere stabilito un periodo abbastanza lungo, altrimenti non rimarrebbe alcuna differenza caratteristica tra questo contratto e quello di locazione. Se dunque il contratto è fatto per meno di ventisette anni, non è più un'enfiteusi, ma soltanto una locazione ordinaria la quale verrà regolata dai principii stabiliti dal codice intorno alla locazione.

Vi è maggiore difficoltà per la locazione enfiteutica che eccedesse novantanove anni. Questa non può valere come locazione, poichè si ammette che la legge del 1790 si applica alle locazioni ordinarie, come diremo al titolo della *Locazione*. Bisogna concludere da ciò che il contratto sarà nullo, nel senso

---

(1) DONELLI, *Comment.*, IX, 13, 14 (t. V, p. 352). VOET, VI, 3, 3.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Emphytéose*, § 1, n. 1. DOMAT, *Lois civiles*, lib. I, t. IV, sez. X, n. 3 e 4.
(3) Legge dei 18-29 dicembre 1790, art. 1.

che non produrrà alcun effetto? È principio che i contratti debbono essere interpretati nel senso per cui possono produrre qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne avrebbero alcuno (articolo 1157). Se le parti hanno semplimente ecceduto il termine di novantanove anni senza dichiarare perpetua l'enfiteusi, vi sarà contratto enfiteutico, ma ciascuna delle parti potrà domandare che sia ridotto alla durata legale. Ciò che le parti hanno voluto, è che la locazione avesse la più lunga durata possibile; alla loro volontà si dà effetto conservando la locazione per novantanove anni. Era dianzi uso nelle nostre provincie di stipulare che l'enfiteusi durerebbe cento anni ed un giorno; certo nessuno penserebbe a dichiarare nullo un simile contratto. Ma che bisogna decidere se la locazione è fatta in perpetuo?

Constatiamo anzitutto che la legge del 1824 non annulla il contratto, ma dice soltanto che le parti non possono derogare alla disposizione che fissa un *maximum* di durata per l'enfiteusi. Rimane a sapere quale sarà l'effetto di un simile contratto. Bisognerà ridurlo alla durata legale di novantanove anni? Ciò equivarrebbe al mutare la natura delle convenzioni che le parti ebbero in animo di stipulare: essi hanno voluto fare un contratto perpetuo; ridurlo ad un contratto temporaneo, sarebbe alterare le convenzioni sotto colore d'interpretarle. Il giudice non ha questo diritto. Se ne dedurrà la conseguenza che la locazione sarà nulla completamente, che non produrrà alcun effetto? No, essa cadrà sotto l'applicazione della legge del 1790 la quale permette di riscattare tutte le prestazioni perpetue stipulate nell'antico diritto. Questo principio è stato consacrato per l'avvenire dall'articolo 530 del codice civile, a termini del quale qualunque rendita stabilita in perpetuo, pel prezzo della vendita di un immobile, è essenzialmente redimibile. Una concessione enfiteutica fatta in perpetuo cade sotto l'applicazione di queste disposizioni; dunque il contratto sussisterà, ma l'enfiteuta potrà sempre domandare il riscatto del canone che si era obbligato a pagare, il che trasformerà il canone in un prezzo capitale. È questa l'opinione generale (1) che fu anche consacrata dalla giurisprudenza (2).

L'applicazione di questi principii ha dato luogo ad una difficoltà. Quando la locazione è fatta in favore del concessionario e dei suoi discendenti in linea retta, si deve considerare come perpetua o come temporanea? Venne giudicato che una locazione fatta per una durata illimitata, quantunque con una clausola di risoluzione dove si verifichi la condizione prevista dal

---

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Emphytéose*, § 5, n 7 (t. IV, p. 288). DURANTON, t. IV, p. 68, n. 78.

(2) Sentenza di cassazione del 15 dicembre 1824 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 15, 1.°).

contratto, è un'enfiteusi perpetua; infatti, non può dirsi che sia temporanea, non essendo limitata ad un termine fissato anticipatamente. Ma ci sembra che la Corte di cassazione sia andata troppo oltre affermando nella motivazione, che tutte le locazioni fatte per oltre novantanove anni si reputano fatte in perpetuo (1). La legge del 1790 non stabilisce questa presunzione, e la legge del 1824 ancor meno, poichè non pronuncia neppure la parola di perpetuità. Secondo la nostra opinione, la differenza è grande: se l'enfiteusi è contratta per un tempo eccedente la durata legale, rimane nondimeno una locazione enfiteutica; l'enfiteuta non potrà domandare il riscatto, mentre potrà farlo se la locazione è pertetua.

Si applicheranno i medesimi principii ad una locazione ereditaria? La cassazione ha deciso l'affermativa; ma non ha fatto che confermare una sentenza resa dalla Corte di Colmar (2). La massima si applica dunque piuttosto alle locazioni ereditarie, come sono in uso nell'Alsazia, anzichè ad ogni altra specie di locazione perpetua. Non è andar troppo oltre stabilire in via di massima, come sembra fare la sentenza, che ogni locazione ereditaria o perpetua sia un'enfiteusi? L'intenzione delle parti non può essere forse di conservare alla locazione ereditaria il carattere d'un diritto di obbligazione? Ora, un diritto di obbligazione, per quanto lunga ne sia la durata, non è mai un diritto reale. Noi avremo occasione di occuparci nuovamente della durata delle locazioni, al titolo della *Locazione.*

369. Può l'enfiteusi costituirsi mediante prescrizione? In diritto romano, la questione è assai controversa. Tempo addietro si ammetteva generalmente l'affermativa; la discussione vertiva soltanto sul punto di sapere se si dovesse applicare i principii che regolano la prescrizione della servitù o quelli che riguardano la prescrizione della proprietà (3). Quest'accordo degli antichi giureconsulti è di gran peso nella controversia. Supponendo anche che si siano ingannati, la loro opinione attesta meno la tradizione, e questo punto è capitale, poichè l'enfiteusi è una istituzione essenzialmente tradizionale. Ma egli è vero che siano caduti in errore? La disputa dura sempre, e noi non abbiamo alcuna qualità per risolverla; tuttavia vi è un argomento che ci ha colpiti. I testi lasciano indecisa la questione, val dire che si rimane sotto l'impero del diritto comune. Ora, la proprietà s'acquista con la prescrizione, del pari che gli smembramenti di questa, l'usufrutto e la servitù. Perchè non sarebbe lo stesso dell'enfiteusi? (4) In diritto francese, l'argo-

(1) Sentenza di rigetto del 6 gennaio 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 250).
(2) Sentenza di rigetto del 16 giugno 1852 (DALLOZ, 1852, 1, 284).
(3) GLÜCK, *Pandekten*, t. VIII, § 609, p. 466.
(4) WINDSCHEID, *Lehrbuch der Pandekten*, t. I, p. 629, § 221. Nel medesimo senso, VAN WETTER, *Cours de droit romain*, t. I, p. 462 e nota 5, e gli autori che vi sono citati. In senso contrario VANGEROW, *Pandekten*, t. 2, p. 730 e gli autori che vi sono citati.

mento ha una gran forza; la prescrizione è un mezzo generale d'acquisto (art. 711 e 2219); può esservi eccezione per l'enfiteusi senza una norma espressa di legge che la consacri? Si fanno delle obbiezioni, ma sono puramente romane, per meglio dire teoriche, poichè la pratica le ha per lunga pezza ignorate, ed è sopratutto la tradizione vivente quella che ci interessa. Su questo terreno, la questione cessa di esser dubbia. Voet insegna come principio non contestato che l'enfiteusi si acquista con la prescrizione in tutti i casi in cui può avverarsi la prescrizione acquisitiva (1). Era lo stesso nella giurisprudenza francese (2). Da ultimo fu giudicato, che, tanto secondo le consuetudini fiamminghe quanto secondo il diritto canonico e civile, la prescrizione di quarant'anni bastasse per prescrivere il dominio, sia diretto, sia utile, contro le chiese, i capitoli e le comunità (3). Resta a sapersi se il principio tradizionale è pur quello del nostro diritto moderno.

La legge del 1824 è muta quanto le leggi romane. Questo silenzio nulla dimostra; poichè la legge non tratta dei modi con cui può essere costituita l'enfiteusi; solo per questo motivo essa conserva il diritto comune. Il principio della prescrizione è generale, come abbiamo già detto. Perchè non s'applicasse all'enfiteusi, bisognerebbe che qualche regola della prescrizione acquisitiva s'opponesse alla prescrizione. L'usucapione è la prescrizione acquisitiva propriamente detta; essa richiede titolo, buona fede e possesso di dieci o venti anni. L'enfiteusi può invocarla in virtù dell'articolo 2265; ciò non ne sembra affatto dubbio; il solo autore che esamini la questione divide la nostra opinione (4). Ma si pretende che la prescrizione di trent'anni sia inammessibile; questa non richiede nè titolo nè buona fede, si fonda sul possesso. Bisogna dunque supporre che una persona abbia posseduto per trent'anni un fondo a titolo d'enfiteusi, noi crediamo che essa avrà acquisito il diritto d'enfiteusi per prescrizione. Si obbietta che l'enfiteusi è un diritto temporaneo la cui durata varia, secondo il titolo, da ventisette a novantanove anni. Per qual termine l'enfiteuta avrà prescritto? Si può dire che occorra il massimo, tale essendo l'intenzione di colui che prescrive. Tuttavia la decisione è arbitraria, poichè nulla manifesta questa interpretazione. A vero dire, la difficoltà domanderebbe una soluzione legislativa. Si obbietta ancora che la prescrizione fa acquistare un diritto, ma non crea obbligazioni; tuttavia l'enfiteusi impone un obbligo, quello di pagare un canone. In virtù di qual principio l'enfiteuta che avrà pre-

(1) Voet, *Comment. ad pandect.*, VI, 3, 4, p. 439.
(2) Troplong, *Du louage*, n. 35 e gli autori che cita, p. 92, nota 7, dell'edizione belga.
(3) Bruxelles, 11 febbraio 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 305).
(4) Pepin le Halleur, *Histoire de l'emphytéose*, p. 320 e seg.

scritto pagherà il canone? Rispondiamo che, poichè si pretende enfiteuta, egli deve corrispondere un canone enfiteutico; è questa la conseguenza della prescrizione. Colla prescrizione si acquista ciò che si è posseduto; ora, colui che invoca la la prescrizione ha posseduto per trent'anni a condizione di pagare un canone, e continuerà a pagarlo: *tantum praescriptum, quantum possessum.*

CAPITOLO III

DIRITTI DELL'ENFITEUTA.

§ 1. — *Diritto di disposizione.*

370. Donello dice che i diritti dell'enfiteuta si avvicinano assai a quelli del proprietario, a tal segno che egli può fare a un dipresso, tutto quanto è compreso nel diritto di proprietà (1). Questo esteso potere dell'enfiteuta ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad immaginare una divisione della proprietà, od una comproprietà, tra l'enfiteuta ed il concedente. La Corte di cassazione ha finito per rinunciare a questa teoria e la nostra legge la condanna. Essa ripete ciò che dice Donello: « L'enfiteuta esercita tutti i diritti annessi alla proprietà del fondo » (art. 3), ma si affretta a soggiungere: « egli nulla può fare che ne diminuisca il valore ». Non gli spetta adunque quel potere illimitato sulla cosa che appartiene al proprietario e che gli permette d'abusarne. Ciò vuol dire che non è proprietario, ma che ha soltanto uno smembramento della proprietà. Secondo il rigore dei principii, bisogna dire che il diritto reale d'enfiteusi è nel dominio dell'enfiteuta, ma questi non ha la proprietà del fondo enfiteutico: come mai lo avrebbe allorchè paga un canone per riconoscere il diritto di proprietà del concedente?

371. La proprietà dice, l'articolo 544, è il diritto di disporre delle cose nella maniera più assoluta. Questo potere di disposizione implica il diritto di alienare; ma che cosa può egli vendere, permutare, donare? Forse il fondo enfiteutico? No, la legge belga dice che ha la facoltà d'alienare il *suo diritto* (art. 6). Questa facoltà di alienare, che troppo spesso si alloga nelle sentenze della Corte di cassazione per provare che

---

(1) DONELLI, *Comment.*, IX, 14, 2 e 3.

l'enfiteuta ha il dominio utile, depone dunque contro coloro che l'invocano: nell'essenza esso non differisce dal potere dell'usufruttuario il quale può pure vendere o cedere il suo diritto a titolo gratuito » (art. 595); lo stesso affittuario può cedere il suo titolo (art. 1717). L'enfiteuta non può alienare il fondo enfiteutico, per l'eccellente ragione che questo fondo non gli appartiene; ora, noi non possiamo trasmettere ad altrui diritti maggiori di quelli che abbiamo noi stessi. Egli non ha che un diritto reale, non può trasmettere che un diritto reale (1). E' in questo senso che Donello interpreta le leggi romane (2) e, dal punto di vista dei principii, ciò non è dubbio.

372. Secondo le leggi romane, il diritto d'alienare era sottoposto a parecchie restrizioni. Anzitutto l'enfiteuta doveva denunciare l'alienazione al proprietario. Quest'obbligo aveva sopratutto per obbietto di permettere al direttario di esercitare il diritto di preferenza che le costituzioni imperiali gli attribuivano sul compratore (*jus protimeseos*). Se il concedente non usava di questa facoltà, l'alienazione era conservata, a condizione, per l'enfiteuta, di pagare una somma di denaro detta *laudemium,* in ricognizione della proprietà del concedente; nel silenzio delle convenzioni, tal somma era fissata al due per cento sul prezzo di compra o sulla stima in caso di donazione (3). Queste liverse restrizioni non esistono più. A termini dell'articolo 12, « non è dovuta alcuna prestazione straordinaria per qualunque trasmissione d'enfiteusi, nè quando si proceda alla divisione d'una comunione ». Quanto al diritto di preferenza, era già caduto in desuetudine nell'antico diritto; in realtà esso è contrario ai principii, poichè chi ha un diritto sul suo dominio deve avere la facoltà illimitata di alienarlo. Egli è così dell'usufruttuario, ed anche dell'affittuario; non vi è ragione perchè altrimenti avvenga nell'enfiteusi. Siccome il diritto di preferenza è abolito, l'obbligo di denunciare l'alienazione al proprietario non sembra abbia più ragione alcuna d'esistere (4). Tuttavia la legge avrebbe dovuto prescrivere una notificazione qualunque; infatti, secondo l'opinione comune, il concedente può agire direttamente contro il nuovo enfiteuta pel pagamento del canone; occorre dunque sia a sua notizia la trasmissione.

373. Venne giudicato che gli acquirenti successivi dei fondi enfiteutici sono sottoposti alle medesime obbligazioni dell'enfiteuta primitivo; la Corte di Grenoble si è spinta sino a rendere il possessore attuale del fondo responsabile di tutte le annualità scadute e di tutte le spese fatte dal direttario contro

---

(1) GESTERDING, *Die Lehre vom Eigenthum*, p. 424, n. 9.
(2) DONELLI, *Comment.*, lib. IX, c. XIV, § 7, p. 263.
(3) L. 3, C. *de jure emphyteuticario* (IV, 66).
(4) TROPLONG, *Du louage*, n. 94, p. 44. DUVERGIER, *Du louage*, n. 164, p. 48.

i possessori anteriori (1). Questa decisione suppone che la prestazione cui l'enfiteuta è tenuto costituisca un onere reale. La legge belga non dice questo, e ciò non risulta neppure dai principii. La prestazione è dovuta al proprietario in forza d'una obbligazione personale: ora, le obbligazioni non si trasmettono per via di cessione; si cedono i diritti, non si cedono i debiti. A nostro parere dunque, il cessionario non è tenuto che verso il cedente, e il direttario non ha contro di lui se non l'azione indiretta che appartiene ai creditori del cedente (articolo 1166). La medesima questione si presenta per la locazione ordinaria; noi la vedremo al titolo della *Locazione*.

374. L'enfiteuta può ancora ipotecare il suo diritto. Sono questi i termini della legge del 1824 (art. 6), e la nostra legge ipotecaria ripete che il *diritto d'enfiteusi* è suscettibile d'ipoteca. Perciò l'ipoteca concessa dall'enfiteuta non può gravare il fondo enfiteutico: questo non gli appartiene, ma è proprietà del concedente, e costui soltanto può ipotecarlo; similmente in caso d'usufrutto, il nudo proprietario può ipotecare la nuda proprietà e l'usufruttuario può ipotecare il diritto d'usufrutto. Il codice civile e la nostra nuova legge ipotecaria ammettono, infatti, che taluni diritti immobiliari possano venir gravati d'ipoteca. Ma questi diritti non essendo che temporanei, anche l'ipoteca sarà tale. La legge del 1824 (art. 6) e la legge ipotecaria (art. 45) lo dicono formalmente in applicazione del principio elementare da noi menzionato, cioè che non si possono trasferire se non quei diritti che appartengono a colui che contrae.

Il codice civile non parla dell'enfiteusi, donde una controversia assai seria, in diritto francese, sul punto di sapere se l'enfiteuta possa ipotecare. La Corte di cassazione ebbe a risolverla affermativamente (2); ma, a nostro parere, vi è grave dubbio. L'articolo 2118 è concepito in termini troppo restrittivi: « Sono suscettibili d'ipoteca *soltanto* i beni immobili e l'usufrutto cadente sovra i medesimi beni ». Fra i *diritti* reali immobiliari, il solo usufrutto può essere ipotecato. Ciò ne sembra decisivo. È questa una lacuna che può essere colmata solamente dal legislatore.

375. La legge del 1824 (art. 6) dice che l'enfiteuta può gravare il fondo enfiteutico di servitù per la durata del suo godimento. È questa una deroga ai veri principii. Il solo proprietario può costituire delle servitù sul fondo che gli appartiene. Ora, di che l'enfiteuta è proprietario? Del suo diritto d'enfi-

---

(1) Grenoble, 13 febbraio 1833 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, numero 28).

(2) Sentenza di rigetto del 9 luglio 1832 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 9.

teusi; ed un diritto non può essere gravato da servitù. Al fine di permettere all'usufruttuario di consentire delle servitù per la durata del suo diritto, si sono dovute immaginare delle quasi servitù, vale a dire una finzione sconosciuta alla legge. Il legislatore belga consacra la finzione per l'enfiteusi. È la sola spiegazione che si possa dare di questa anomalia.

376. La legge belga non parla delle azioni che appartengono all'enfiteuta. Le nostre leggi moderne serbano in generale il silenzio su questa materia che aveva una parte così importante nel diritto romano. La dottrina ha colmato la lacuna. Venne giudicato dalla Corte di cassazione che l'enfiteuta ha le azioni possessorie (1). La sentenza è motivata assai male: essa invoca il dominio utile dell'enfiteuta per riconoscergli il diritto alle azioni possessorie. Se il suo diritto non avesse altro fondamento bisognerebbe ricusarglielo, poichè la nostra legge non conosce dominio utile. Ma non è necessario ricorrere a questa finzione. L'enfiteusi dà all'enfiteuta un diritto reale; questo diritto è nel suo dominio; quindi egli può giovarsi dell'articolo 23 del codice di procedura, a termini del quale le azioni possessorie possono promuoversi da colui che da un anno è nel possesso pacifico, a titolo non precario. Invano si direbbe che l'enfiteuta è possessore precario, poichè tiene il suo diritto dal proprietario, e deve riconoscerglielo pagandogli una prestazione. Ciò è verissimo, nel senso che l'enfiteuta non può invocare il suo possesso per prescrivere contro il proprietario del fondo; ma egli non è possessore precario riguardo a coloro che lo turbano nel suo possesso, poichè possiede in virtù d'un diritto reale, che equivale ad un titolo di proprietà. Bisogna dunque applicare all'enfiteuta ciò che abbiamo detto dell'usufruttuario (2).

Il diritto romano accordava altresì all'enfiteuta le azioni reali; solamente le qualificava utili per indicare che l'enfiteuta non era il proprietario del fondo che teneva in locazione; al proprietario solamente appartenevano le azioni reali dirette (3). La distinzione, quantunque sottile, è giustissima. Nel diritto francese, le azioni non hanno più un nome legale che le distingua; noi non conosciamo più le azioni dirette ed utili. Bisogna dunque dire, con la dottrina e la giurisprudenza, che l'enfiteuta ha le azioni reali che nascono dal suo diritto reale ed immobiliare (4).

---

(1) Sentenza di cassazione del 26 giugno 1822 (DALLOZ, alla parola *Action possessoire*, n. 534).
(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 365.
(3) DONELLI, *Comment.*, IX, 14, 4 (t. V, p. 360).
(4) Sentenza di rigetto del 19 luglio 1832 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 9).

§ II. — *Diritto di godimento.*

377. La legge belga dice che l'enfiteuta ha il *pieno godimento* dell'immobile, che egli può esercitare tutti i diritti annessi alla proprietà del fondo, ma nulla può fare che valga a diminuirne il valore (art. 1 e 3). Donde segue che l'espressione *pieno godimento* non deve esser presa alla lettera. Quando si confronta il godimento dell'enfiteuta a quello dell'usufruttuario, si può dire che quello sia pieno, poichè la legge non vi aggiunge la restrizione che l'enfiteuta deve godere come godeva l'antico proprietario. Noi ritorneremo più innanzi su questo punto. Ma se il godimento dell'enfiteuta è più esteso di quello dell'usufruttuario, lo è assai meno di quello del proprietario. Costui gode delle cose nella maniera più assoluta, mentre l'enfiteuta si trova di fronte ad un proprietario del quale non può pregiudicare i diritti: in questo senso la legge dice che egli nulla può fare che diminuisca il valore del fondo enfiteutico. Il suo godimento, a differenza di quello del proprietario, implica dunque una obbligazione; egli deve godere da buon padre di famiglia, come diremo in appresso (1).

L'assimilazione che la legge belga fa fra i diritti dell'enfiteuta e quelli del proprietario decide una questione che si dibatte tanto in diritto romano quanto in diritto francese. Se nel fondo enfiteutico viene scoperto un tesoro, a chi apparterrà la porzione che il codice attribuisce al proprietario del fondo? Secondo i principii quali li formula l'articolo 716, bisognerebbe pronunziarsi in favore del concedente, poichè egli soltanto è proprietario; d'altronde il tesoro non essendo nè un frutto nè un prodotto della cosa, l'enfiteuta non ha più che l'usufruttuario alcun titolo per reclamarlo (2). Ma la legge belga accordando all'enfiteuta *tutti i diritti* annessi alla proprietà del fondo, decide con ciò la controversia in suo favore (3). Gli autori della legge belga hanno seguìta su questo punto la tradizione nazionale. Voet attribuisce il tesoro all'enfiteuta; egli ne porge una ragione assai debole: l'enfiteuta, egli dice, deve essere considerato come proprietario, poichè ha il dominio utile. No, egli non ha alcun dominio sul fondo enfiteutico, e quindi non ha alcun titolo per reclamare il tesoro. Lo spirito del codice protesta ancor più contro la dottrina di Voet. Attribuendo una parte del tesoro al proprietario, il legislatore presume che il tesoro sia stato deposto nel fondo dagli antenati di chi lo possiede attualmente. Ora, si può ammettere

(1) Voet *Comment., in Pandectas*, VI, 3, 11.
(2) Duranton, t. IV, p. 269, n. 314.
(3) Troplong, *Du louage*, n. 38, p. 92.

questa supposizione per parte di poveri enfiteuti? Hanno essi un tesoro da nascondere? Mentre si può benissimo presumere che l'antico proprietario abbia nascosto il tesoro che l'enfiteuta discopre. Ci si perdonerà questa critica fatta per l'onore dei principii.

Vi è un'altra questione che si controverte quando si tratta dell'usufruttuario. L'articolo 596, dicendo che costui gode della alluvione sembra ricusargli il godimento dell'isola (1). Si potrebbe dire altrettanto dell'enfiteuta, essendo il suo diritto limitato, come quello dell'usufruttuario. Ma la legge belga risolve la difficoltà a favore dell'enfiteuta, seguendo anche qui l'opinione di Voet (2). Il principio dell'accessione basta per giustificare questa decisione.

378. Dopo avere stabilito il principio che fa divieto all'enfiteuta di diminuire il valore del fondo, la legge belga soggiunge (art. 3): « perciò gli è proibito, fra le altre cose, di estrarre pietre, carbon fossile, torba, argilla ed altre simili materie che formano parte del fondo, salvo che l'estrazione non ne sia stata già cominciata all'epoca in cui il suo diritto ha avuto inizio ». È il principio che il codice Napoleone stabilisce in materia d'usufrutto (art. 508). Si può dunque applicare per analogia all'enfiteuta ciò che abbiamo detto intorno al diritto dell'usufruttuario sulle miniere (3). Qui la legge abbandona l'analogia dell'enfiteusi colla proprietà, e con ragione. L'enfiteuta gode di un immobile appartenente ad altri, il suo diritto è temporaneo, perchè dovrà restituire la cosa di cui ha il godimento: è mestieri quindi che la conservi. Nell'origine di questa istituzione, egli riceveva il fondo in enfiteusi col carico di migliorarlo; la legge non gli impone più quest'obbligazione, ma bisogna almeno che all'estinguersi dell'enfiteusi, il proprietario ricuperi un godimento altrettanto utile quanto quello che ha rimesso all'enfiteuta al momento di contratto. È il principio dell'usufrutto, ed, in questo punto, vi è piena analogia fra i due diritti.

Se l'esercizio della miniera comincia durante l'enfiteusi, chi profitterà della prestazione che il concessionario deve pagare al proprietario del fondo? La questione fu sollevata da altra delle sezioni cui era demandato l'esame del progetto di legge sull'enfiteusi. Il governo rispose che la soluzione era affidata al magistrato, ma che tuttavia esso non credeva di prendere abbaglio emettendo l'opinione che l'indennità sia dovuta al proprietario, poichè i diritti dell'enfiteuta sono limitati a quelli che non diminuiscono il valore del fondo. A vero dire, non vi è neppur questione: basta enunciarla per risolverla.

---

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 373.
(2) Voet, *Comment. in Pand.*, VI, 3, 11.
(3) Vedi il t. VI dei miei *Principii* n. 448 e segg. Cfr. Voet, VI, 3, 11.

In materia d'usufrutto, sorge qualche incertezza sul punto di sapere se l'usufruttuario può estrarre l'argilla e le pietre che gli sono necessarie per costruire. È stato deciso che l'enfiteuta nulla può cavare dal suolo, neppur limitandosi alle cose necessarie per le costruzioni che egli si propone di erigere sul fondo (1). La questione non può essere neppur sollevata secondo la nostra legislazione; l'articolo 3 della legge del 1824 è formale e risolve la difficoltà conformemente ai principi. Noi li abbiamo già menzionati: se l'enfiteuta non è più obbligato a migliorare, per lo meno non può deteriorare.

379. Può l'enfiteuta mutare la superficie? Nell'antico diritto, la questione era controversa, come erano esitanti la dottrina e la giurisprudenza francese (2). L'incertezza deriva dalla duplice analogia che esiste da un lato fra i diritti dell'enfiteuta e quelli del proprietario, dall'altro tra l'enfiteusi e l'usufrutto. L'enfiteuta è quasi un proprietario, si dice, e con ragione: dal che si potrebbe conchiudere che egli ha facoltà di godere della superficie come meglio gli aggrada. Ma la legge abbandona questa assimilazione quando si tratta delle miniere; essa considera l'enfiteuta alla stessa stregua dell'usufruttuario, e lo fa per applicazione di un principio tradizionale che formula in questi termini: « l'enfiteuta nulla può compiere che valga a diminuire il valore del fondo » (art. 3). Questo è il principio che deve essere applicato alla nostra questione come fa appunto la legge dicendo che l'enfiteuta « può migliorare il fondo mediante costruzioni, dissodamenti, piantagioni ». Se ne deve trarre la conseguenza che egli potrà mutare superficie, se il cangiamento costituisce una miglioria. Il godimento dell'enfiteuta tien dunque il mezzo fra quello del proprietario e quello dell'usufruttuario: costui non può innovare, in modo da diminuire il valore del fondo, mentre ciò è invece permesso al proprietario.

Venne giudicato che l'enfiteuta non può prosciugare uno stagno (2). Ciò è troppo assoluto. La Corte stabilisce come principio che se il proprietario ha usato di porzione del fondo per suo semplice diletto, l'enfiteuta è tenuto a conservare questa destinazione. Ciò accadrà senza dubbio se tale è la volontà delle parti contraenti, come sembra che fosse nella specie. Ma se la locazione non contiene alcuna stipulazione a questo riguardo, bisogna attenersi al principio: l'enfiteuta potrà prosciugare se da ciò risulterà un miglioramento pel fondo, nella guisa stessa che la legge gli concede di migliorare il fondo mediante dissodamenti. L'analogia è completa, poichè il bosco può servire d'ornamento come lo stagno può aver per iscopo il puro diletto del proprietario.

---

(1) Douai, 9 marzo 1854, (DALLOZ, 1854, 5, 480).
(2) DUVERGIER, *Du louage*, n 189, p. 52. Cfr. TROPLONG, *Du louage*, n. 38, p. 92.
(3) Metz, 27 dicembre 1826 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 31).

Se l'enfiteuta fa un'innovazione senza averne diritto, il proprietario ha immediatamente azione contro di lui per costringerlo a ristabilire lo stato dei luoghi. Così ha giudicato la Corte di Metz nella sentenza che abbiamo citata, e ciò non è dubbio, essendo l'applicazione dei principii generali che regolano i contratti. Se l'abuso è grave, il concedente potrà anche domandare la risoluzione della locazione, come diremo più innanzi.

380. Il godimento dei boschi che si trovano sul fondo enfiteutico dà luogo a difficoltà Nell'antico diritto s'insegnava che l'enfiteuta poteva eseguire tagli regolari anche nei boschi d'alto fusto: non mancavano giudicati in questo senso. Ma vi erano pure opinioni e decisioni affatto contrarie (1). Il diritto di quell'epoca è così incerto, che riesce assai difficile di cercarvi dei precedenti. E la legge belga, bisogna confessarlo, lascia molto a desiderare. Essa dice che l'enfiteuta profitterà degli alberi periti od abbattuti per accidente a condizione di surrogarli con altri (art. 4). È un diritto più esteso di quello dell'usufruttuario (art. 592). La legge del 1824 aggiunge: « Egli potrà egualmente disporre a sua volontà delle piantagioni che egli medesimo avrà fatte ». Del resto, non una parola dei tagli ordinari. Si argomenterà dal silenzio della legge per ricusare all'enfiteuta qualunque diritto ai tagli dei boschi, sia cedui, sia di alto fusto? Sarebbe un ragionamento erroneo, dal momento che la legge gli accorda il *pieno godimento* del fondo; essa dice che egli esercita tutti i diritti annessi alla proprietà, gli permette anche di dissodare, in quanto il dissodamento costituisca una miglioria (art. 1, 3 e 5). Per applicazione di questi principii, bisogna decidere che l'enfiteuta ha facoltà di eseguire tagli periodici e regolari. Il suo diritto è più esteso di quello dell'usufruttuario, perchè ha una durata più lunga. Si comprende dunque assai bene che egli possa fare dei tagli nei boschi d'alto fusto purchè ciò sia in modo che non danneggi la riproduzione degli alberi stessi, e coll'onere di restituire, al termine dell'enfiteusi, un valore eguale a quello che ha ricevuto al momento della locazione. Ciò è un po' vago, ma la colpa deve attribuirsi al legislatore, il quale avrebbe dovuto risolvere un punto di tanta importanza.

381. La legge belga dice che l'enfiteuta può migliorare il fondo mediante costruzioni e piantagioni. Che divengono queste migliorie al termine della locazione? Se il titolo obbliga l'enfiteuta a costruire ed a piantare saranno norma le stipulazioni delle parti contraenti. Le costruzioni e piantagioni costituiranno in questo caso l'adempimento di una obbligazione, e s'intende

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Emphytéose*, § 1, n. 6. COQUILLE, *Questions de droit*, 30 DUVERGIER, *Du louage*, n. 180.

da sè che l'enfiteuta non potrà toglierle nè reclamare una indennità, poichè non ha fatto se non ciò che gli incombeva per obbligo (art. 7). Quando egli non era tenuto alle migliorie che ha eseguite, potrà, allo spirare della locazione, togliere le costruzioni e piantagioni, riparando però il danno che eventualmente ne risultasse pel fondo. La legge soggiunge (art. 8) che l'enfiteuta non potrà costringere il proprietario a pagare il valore degli edifici, delle opere, costruzioni e piantagioni qualsivogliano che agli avesse fatte. È l'applicazione dei principii che abbiamo esposti al titolo dell'*Usufrutto* (1). L'enfiteuta non essendo tenuto a migliorare può fare sul fondo quelle innovazioni che vuole, purchè non nuocciano al proprietario; ora, esse non lo danneggiano se, quando l'enfiteusi si estingue, lo stato dei luoghi è ristabilito senza alcun nocumento pel fondo. Le migliorie nuocerebbero al proprietario se questi fosse costretto a conservarle e pagarle. Ma i principii non permettono d'imporre una simile obbligazione al concedente. Al contrario, egli non ha diritto di conservare le piantagioni e costruzioni; invano si direbbe che essendo fatte sul suo fondo gli appartengono. Ciò è vero quando non vi è alcun vincolo giuridico tra il proprietario di un terreno ed il possessore che vi costruisce o vi pianta (art. 555). Ma, nella specie, vi è un contratto che dà all'enfiteuta il *pieno godimento del fondo;* egli ne gode come vuole, e non è tenuto che ad una cosa, cioè a restituire al concedente il fondo non deteriorato. Ed è questo appunto il solo diritto del proprietario (2).

CAPITOLO IV.

OBBLIGAZIONI DELL'ENFITEUTA.

§ 1. — *Del canone.*

382. Dicesi ordinariamente *canone enfiteutico* la prestazione annuale che l'enfiteuta deve pagare al concedente. La legge belga non si serve di questo termine. Si è sempre insegnato che il canone è essenziale al contratto enfiteutico, di guisa che

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 485-491.
(2) Confronta MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Emphytéose*, § I, 6 e 7. ARGOU, *Institution au droit français*, t. II, p. 303 e seg. DONAT, *Lois civiles*, lib. I, t. IV, seg. X, n. 9. DUVERGIER, *Du louage*, n. 174 e 180. TROPLONG, *Du louage*, n. 48.

se non ve ne fosse, la stipulazione non avrebbe in sè gli estremi necessari per la costituzione di un'enfiteusi (1). La nostra legge consacra la dottrina tradizionale, poichè nella definizione che porge dell'istituto, è compreso l'obbligo di pagare una prestazione. Ciò ha pure un fondamento nei principii. L'enfiteusi partecipa della locazione e della vendita: e come non vi è locazione senza fitto, nè vendita senza prezzo, non vi può essere enfiteusi senza canone. Vi è pure analogia fra questi diversi contratti relativamente all'obbietto della prestazione. Il prezzo della vendita, quantunque consista regolarmente in denaro, può essere altresì stipulato in derrate; questo patto è usuale per talune locazioni, e la legge stabilisce che il canone può essere pagato, sia in denaro, sia in natura (art. 1). È questa pure la dottrina di Voet (2).

La legge del 1824 dice che la prestazione vien pagata al concedente *in riccognizione del suo diritto di proprietà.* Questa idea è derivata dal diritto consuetudinario o feudale. Secondo i veri principii insegnati dal diritto romano, il canone è dovuto in considerazione del godimento; ma siccome di regola i fondi dati in enfiteusi erano incolti e l'enfiteuta aveva obbligo di migliorarli, il canone naturalmente era meno elevato del prezzo di fitto, sebbene non differisse in sostanza dal prezzo pagato dall'affittuario pel suo godimento. Fu quando s'immaginò la divisione della proprietà in dominio diretto ed utile, che il canone cambiò natura e fu considerato come la ricognizione del diritto di proprietà che rimaneva al signore, piuttosto a titolo d'onore che di profitto (3). Il legislatore belga, consacrando la tradizione, ha scordato che nel diritto moderno l'enfiteuta non è più tenuto a migliorare; il suo godimento ha dunque l'identica natura di quello dell'affittuario, e perciò il canone corrisponde precisamente al prezzo del fitto.

383. Vi sono tuttavia fra quest'ultimo ed il canone enfiteutico talune differenze che hanno tratto al carattere particolare che l'enfiteusi assunse sotto l'influenza del diritto feudale. La legge belga dice che l'obbligo di soddisfare la prestazione enfiteutica è indivisibile, ed offre un'applicazione di questo principio soggiungendo che ciascuna parte del fondo rimane gravata della totalità del canone. Ciò suppone la divisione del fondo enfiteutico; il che può avvenire, sia per alienazione parziale, sia fra più coeredi, in caso di morte dell'enfiteuta. Voet, dal quale gli autori della legge belga hanno attinta questa dottrina, ne deduce ancora quest'altra conseguenza: che, cioè, se uno degli eredi non paga la sua parte del canone, il locatore

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Emphytéose*, § I, n. 2.
(2) VOET. *Comment. in pandectas*, VI, 3, 8.
(3) TROPLONG, *Du louage*, n. 34, p. 90 dell'edizione belga.

può domandare la risoluzione del contratto per l'intiero. È evidente che la prestazione in sè stessa non è indivisibile, poichè consiste in una somma di denaro o in derrate, che sono divisibili per loro stessa natura. Perchè dunque la legge considera come un'obbligazione indivisibile quella di pagare una prestazione divisibile? Ciò risulta, dice Voet, dall'intenzione delle parti contraenti: esse non hanno stipulato il canone a titolo di prezzo per un godimento che può dividersi, il che apporterebbe la divisibilità del canone. Il concedente percepisce la prestazione come ricognizione del suo diritto di proprietà; ora questa ricognizione è una cosa indivisibile, nel senso che essendo proprietario pel totale, l'enfiteuta deve altresì riconoscere pel totale il diritto del proprietario; ma un'obbligazione indivisibile per volontà delle parti contraenti, rimane tale anche in confronto dei loro eredi (1).

La nostra legge sembra andare più in là: quando afferma che ciascuna parte del fondo rimane gravata della prestazione per la totalità, lascia credere che intenda di considerare la prestazione come un vero onere del fondo, val dire un carico reale, lo che condurrebbe a conseguenze gravissime. Ne risulterebbe, infatti, che siccome l'enfiteuta non è obbligato se non quale detentore del fondo, potrebbe rilasciarlo e liberarsi così dalle obbligazioni contratte. Inoltre, se l'onere è reale, sarà tale eziandio il diritto del concedente, e per conseguenza un diritto immobiliare, perchè si esercita sopra un fondo. È questo forse il pensiero della legge? Stentiamo a crederlo. Il canone non differisce nell'essenza dal prezzo di fitto, ne differisce solamente in quanto all'obbietto, giusta la teoria consuetudinaria o feudale. Ma questa teoria non è più accolta nel diritto moderno al quale sono affatto sconosciuti tanto la signoria diretta, quanto il dominio utile. Rimane dunque un contratto, in virtù del quale l'enfiteuta si obbliga di pagare un canone al concedente; il diritto al canone è un diritto di credito, e sarà anche quindi un'obbligazione personale. Solamente quest'obbligazione non si divide, poichè, per la volontà delle parti contraenti, è indivisibile. In questo senso, la legge dice che ciascun detentore d'una porzione del fondo enfiteutico può essere costretto a pagare la totalità del canone. Ma ciò non prova che il canone sia un onere del fondo.

384. Quali sono i diritti del concedente quando l'enfiteuta non paga il canone? A termini dell'art. 10, l'enfiteuta può essere costretto al pagamento in forza di esecuzione parata. Ecco, ci sembra, una nuova inesattezza. Senza dubbio se il concedente ha un atto autentico, potrà darvi forza esecutiva. Dicendo, in termini assoluti, che il proprietario ha questo diritto, la legge

(1) VOET, *Comment. in pandectas*, VI, 3, 37, p. 449.

suppone che la locazione si faccia e debba farsi per atto autentico. Ma tale non può essere il pensiero del legislatore. Infatti, ne risulterebbe che la enfiteusi sarebbe un contratto solenne, contrariamente alla tradizione ed in opposizione con i principii. Occorrerebbe almeno un testo per ammettere questa grave deroga al diritto comune: non si crea un contratto solenne per via d'induzione. La nostra conclusione è che l'articolo 10 suppone, per vero, che vi sia un atto autentico, ma che non lo esige.

Il concedente ha ancora un altro diritto quando l'enfiteuta non paga il canone: egli può domandare la risoluzione del contratto. Noi ritorneremo su questo punto trattando dell'estinzione dell'enfiteusi (n. 396 e seguenti).

385. Vi è una seconda differenza tra il canone ed il prezzo del fitto. Quando, durante una locazione ordinaria, l'intero raccolto, od almeno una metà di questo è andata distrutta per un avvenimento fortuito, l'affittuario può domandare una diminuzione del prezzo d'affitto (art. 1769-1771). La legge del 1824 prescrive al contrario (art. 11): « L'enfiteuta non ha diritto ad alcuna remissione del canone, per essere stato diminuito ed anche intieramente privato del suo godimento. Nondimeno se la privazione totale di godimento è durata per cinque anni consecutivi, avrà diritto alla restituzione del canone per tutto questo periodo di tempo ». Qual'è il motivo di questa disposizione, la quale, a primo aspetto, sembra estremamente rigorosa? Essa si appoggia sopra una norma tradizionale, che si spiega colla natura particolare del canone. Esso non vien pagato, si diceva, per tener luogo dei frutti, ma quale riconoscimento della signoria diretta (1); dunque verrà corrisposto per tutta la durata dell'enfiteusi e quantunqne l'enfiteuta venga colpito da casi fortuiti di qualsiasi specie. Se la legge belga fa eccezione pel caso in cui l'enfiteuta è privato del godimento intiero durante cinque anni di seguito, è per ragioni di umanità.

Questa teoria suppone che il canone venga stipulato, come dice la definizione, in ricognizione del diritto di proprietà del concedente (art. 1). Ma che dovrà dirsi se la prestazione enfiteutica è calcolata secondo il prodotto ordinario del fondo? In questo caso, non differisce più in nulla dal prezzo d'affitto; la enfiteusi diviene una vera locazione, e non si distingue più dalla ordinaria che per la realità del diritto dell'enfiteuta; ma questo carattere del diritto nulla ha di comune con la questione dell'indennità per totale privazione del godimento. L'indennità che l'affittuario può reclamare è fondata sull'equità e non sullo stretto diritto; ora, l'equità milita tanto per l'enfiteuta quanto

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Emphytéose*, § I, n. 6.

per l'affittuario. Questo principio, già insegnato dal Voet, ci sembra così equo da non dubitare che debba pure essere seguìto nel nostro diritto moderno. L'art. 11 non vi si oppone, poichè non può disgiungersi dall'art. 1.° di cui è una conseguenza; ora, la legge permette di derogare a tutte le sue disposizioni, salvo a quella concernente la durata dell'enfiteusi. E le parti vengono meno implicitamente all'osservanza dell'art. 11 quando derogano all'art. 1.°, vale a dire quando stipulano che il canone non sarà dovuto semplicemente in riconoscimento del diritto di proprietà del concedente, ma in relazione al godimento del fondo (1). Il contratto, in questo caso, partecipa più della locazione che dell'enfiteusi, il che decide la questione.

§ II. — *Obblighi dell'enfiteuta.*

386. L'usufruttuario non può entrare in godimento se non dopo aver fatto stendere uno stato degli immobili soggetti all'usufrutto; egli deve prestare cauzione di godere da buon padre di famiglia. Nessuna di queste obbligazioni è imposta all'enfiteuta. Da un altro canto, il proprietario che concede i beni in enfiteusi non gode del privilegio che la legge accorda al locatore, non essendo egli tale, per quanto nella pratica gli sia conservato questo nome. Non vi è dunque alcuna garanzia legale a carico dell'enfiteuta. Le cause che diedero origine al contratto enfiteutico spiegano quest'apparente anomalia. I grandi proprietari non trovavano più affittuari, e non avrebbero trovati enfiteuti se avessero voluto imporre loro le dure condizioni che la legge stabilisce per l'usufruttuario. Quanto al privilegio che la legge ricusa al proprietario del fondo enfiteutico, mentre lo accorda al locatore, noi crediamo che non vi sia ragione che giustifichi questa differenza; è senza dubbio una svista del legislatore, la quale si spiega perfettamente colla poca importanza che ha il diritto d'enfiteusi.

387. Da ciò che l'enfiteuta non deve prestar cauzione che egli godrà come buon padre di famiglia, bisogna concludere che egli non contrae alcun obbligo relativo al godimento? No, certo; in principio, egli doveva migliorare il fondo, il che costituiva un'obbligazione più estesa di quella dell'usufruttuario. Secondo la legge belga, egli non ha più quest'onere, ma tuttavia è obbligato a godere da buon padre di famiglia. È forse questa un'obbligazione analoga a quella dell'usufruttuario e dell'affittuario? Vi sono gradazioni che distinguono questi di-

(1) VOET, *Comment. in Pandectas*, V, 3, 16 e 19, pag. 442 e seg. Confronta TROPLONG, *Du louage*, 43, pag. 94. In senso contrario, DUVERGIER, *Du louage*, n. 165, p. 148.

ritti diversi. L'obbligazione dell'usufruttuario sembra più rigida: l'usufrutto può cessare per l'abuso che egli faccia del suo godimento, e vi è abuso non solamente quando commetta delle deteriorazioni sul fondo, ma ancora quando lo lasci deperire per difetto di manutenzione (art. 618). Anche l'affittuario deve usare della cosa come un buon padre di famiglia, e se manca a questa obbligazione, il locatore può, secondo le circostanze, far risolvere la locazione (articoli 1728 e 1729). Dicendo, *secondo le circostanze,* la legge concede al giudice una grande ampiezza di interpretazione, come avviene sempre in caso di condizione risolutiva tacita. La legge belga non dice che l'enfiteuta debba godere da buon padre di famiglia; questa formola oltrepasserebbe, infatti, l'estensione dell'obbligo che gli incombe. Chi deteriora il fondo, chi abusa del suo godimento non gode certo da buon padre di famiglia; tuttavia ciò non basta, come diremo in appresso, perchè l'enfiteuta possa essere dichiarato decaduto dal suo diritto; occorre che la deteriorazione sia *notevole* e che l'abuso sia *grave.* L'enfiteuta è dunque quello pel quale la legge usa la maggiore indulgenza. Ciò non vuol dire che egli possa impunemente abusare. Se per la sua mala amministrazione egli cagioni un danno al proprietario, deve ripararlo, nel senso che al termine dell'enfiteusi, il proprietario ha contro di lui un'azione di risarcimento per le deteriorazioni cagionate da negligenza e da difetto di manutenzione del fondo (art. 13). Il proprietario non può dunque agire finchè il contratto vige, salvo che le deteriorazioni non siano abbastanza gravi per autorizzare una domanda di decadenza; mentre il nudo proprietario può agire contro l'usufruttuario non appena il danno è cagionato (1). Noi diremo più innanzi come, anche nel caso di abusi gravi, il legislatore manifesta per l'enfiteuta una singolare indulgenza. Non vi è ragione giuridica di questa differenza tra i principii che regolano l'usufrutto, la locazione e l'enfiteusi. Forse lo spirito dell'enfiteusi primitiva si è conservato nella tradizione: si volevano attrarre coltivatori sui fondi deserti; bisogna dunque prodigar loro i favori e guardarsi sopratutto della severità che presiede alla interpretazione dell'affitto o dell'usufrutto.

388. Secondo la legge belga (art. 5), « l'enfiteuta è obbligato a conservare l'immobile dato in enfiteusi e farvi le riparazioni ordinarie ». Noi abbiamo detto che la mancanza di manutenzione dà luogo ad un'azione per risarcimento di danni alla fine della locazione. Che bisogna intendere per riparazioni *ordinarie?* L'espressione differisce da quelle di cui la legge si serve in materia di locazione e di usufrutto: il conduttore è tenuto alle riparazioni *locative* e l'usufruttuario alle riparazioni di *manu-*

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii,* n. 533.

tenzione (articoli 1754 e 605). Siccome la legge non qualifica locazione l'enfiteusi, non si possono assimilare le riparazioni *ordinarie*, cui l'enfiteuta è soggetto, alle riparazioni locative o di mera manutenzione che incombono al conduttore. I diritti dell'enfiteuta si approssimano di più a quelli dell'usufruttuario; gli interpreti lo mettono sulla medesima linea del proprietario. Anche nell'antico diritto si riteneva che l'enfiteuta fosse obbligato a tutte le riparazioni tanto straordinarie che ordinarie (1). Tuttavia non servendosi la legge della parola riparazioni di *manutenzione*, non si può applicare in materia d'enfiteusi la definizione che di queste riparazioni dànno gli articoli 605 e 606. La difficoltà è dunque lasciata all'apprezzamento del magistrato: se gli articoli 605 e 606 non sono applicabili di pieno diritto all'enfiteuta, il giudice può almeno attingervi argomenti di analogia. Noi vedremo che per altri oneri la legge si mostra più severa verso l'enfiteuta che non verso l'usufruttuario.

389. L'art. 9 della legge belga prescrive: « Egli sopporterà tutte le imposte che gravano il fondo, siano esse ordinarie o straordinarie, annuali, ovvero pagabili una volta tanto ». L'usufruttuario invece non è tenuto che ai pesi annuali che, giusta la consuetudine, si presumono gravare sui frutti; quanto alle contribuzioni straordinarie, esse si dividono tra l'usufruttuario ed il nudo proprietario. Accordando la legge all'enfiteuta tutti i diritti annessi alla proprietà del fondo, era naturale che ponesse a suo carico tutte le contribuzioni. Ma il medesimo principio avrebbe dovuto condurre per logica conseguenza ad imporgli tutte le riparazioni. Vi è in ciò una vera anomalia.

Il legislatore belga è stato più severo del francese, per quanto concerne le imposte. Una legge del 1.° dicembre 1790 (titolo II, art. 6) autorizza l'enfiteuta a fare sul pagamento annuale del canone una ritenuta proporzionale alla contribuzione fondiaria; questa ritenuta fu in seguito fissata dapprima al quarto, indi al quinto (1). Nulla di più giusto. Il proprietario del fondo enfiteutico prende una parte del reddito sotto il nome di canone; e nel fatto, se non di diritto, il canone in nulla differisce dal prezzo della locazione. Ora, le contribuzioni si pagano sui frutti; dunque giustizia esige che siano ripartite tra il proprietario e l'enfiteuta. La legge belga non riproduce questo diritto di ritenuta, ed i termini assoluti dell'art. 11 non permettono di sostenere che la legislazione francese sia rimasta in vigore. È dunque un aggravamento di oneri che la legge del 1824 impone all'enfiteuta. La ragione probabilmente si è che il canone non è considerato come una rendita. È questa una pura finzione, della

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Emphytéose*, § I, n. 6.

(1) Leggi del 3 frimaio anno VII, 11 frimaio anno VIII, e parere del Consiglio di Stato del 4 gennaio 1809. Merlin, *Répertoire*, alla parola *Contributions*, § V (t. VI, p. 313). Troplong, *Du louage*, n. 39, p. 93.

quale la legge non tiene neppur conto quando si tratta delle riparazioni; se l'enfiteuta deve tutte le imposte, perchè non dovrà sopportare tutte le riparazioni? L'anomalia ci sembra evidente, e mena ad una vera ingiustizia. Noi la segnaliamo a coloro che redigono gli atti enfiteutici, affinchè richiamino l'attenzione delle parti contraenti su questo punto, sul quale il più delle volte converrà derogare alla legge, come è consentito dall'art. 17.

390. A termini dell'art. 614, l'usufruttuario ha obbligo di denunciare al nudo proprietario le usurpazioni che i terzi commettono sul fondo, come tutti i fatti che attentano ai diritti del proprietario. La legge del 1824 riproduce implicitamente questa obbligazione, disponendo che l'enfiteuta è responsabile della perdita dei diritti che ha lasciato prescrivere per sua colpa (art. 11). Bisogna dunque applicare per analogia all'enfiteuta ciò che abbiamo detto dell'usufruttuario (1).

CAPITOLO V.

DIRITTI ED OBBLIGHI DEL PROPRIETARIO.

§ I. — *Diritti del proprietario.*

391. Le leggi romane attribuiscono al proprietario diritti che la nostra legislazione non ha riprodotti: così egli non ha più la preferenza in caso di vendita, nè il *laudemium* in caso di trasmissione. Stando al testo della legge belga, bisognerebbe dire che i diritti del proprietario sono puramente onorifici finchè dura l'enfiteusi: se egli percepisce il canone, questo ha meno i caratteri di una rendita che quello di ricognizione del suo diritto di proprietà. Nel fatto non è così; egli ha facoltà più estese di quelle che spettano al nudo proprietario dei beni gravati d'usufrutto. Costui, di regola, non riceve alcuna prestazione, poichè il più delle volte l'usufrutto è costituito a titolo gratuito; il proprietario merita dunque la qualifica di *nudo* che gli si attribuisce, mentre il proprietario dei fondi dati in enfiteusi si trova piuttosto nella condizione di un locatore. Da ciò si vede, come i due contratti di locazione e d'enfiteusi talora si assimilano, tal'altra si differenziano, e che perciò non bisogna confonderli, nè considerarli come affatto distinti: vi sono gradazioni di cui bisogna tener conto in ciascun istante, sia per procedere per via d'analogia, sia per respingere l'interpretazione analogica.

---

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 528.

392. Il locatore, come era dianzi chiamato colui che concede i suoi beni in enfiteusi, rimane proprietario. Quali diritti esercita egli a questo titolo durante l'enfiteusi? Le leggi romane gli attribuiscono le azioni reali dirette, e s'intende da sè che ugual diritto gli è conservato dalla nostra legislazione, sebbene sia a questa sconosciuta la terminologia delle azioni dirette ed utili. È pur fuori d'ogni dubbio che il proprietario abbia la facoltà d'alienare e quindi ancora quella di ipotecare.

Ma su che cadrà l'ipoteca? Sul fondo enfiteutico, questo è ben certo. Potrà egli ipotecare anche il canone? Merlin lo afferma (1). Questa opinione attiene all'antica dottrina sul carattere dell'enfiteusi; si ammetteva che l'enfiteuta divenisse proprietario, il che sembrava includere che il concedente cessasse dall'esserlo. Egli conservava nondimeno il dominio diretto, e per spiegare questa duplice proprietà si supponeva che al momento del contratto il concedente si riservasse una parte del dominio rappresentato dal canone. Il canone assumeva altresì la natura del fondo di cui era lo smembramento; era dunque immobiliare, e perciò poteva essere ipotecato. Tutta questa teoria riposava sopra una finzione che il legislatore rivoluzionario ha abolita fin dalle radici, togliendo di mezzo il feudalismo e per conseguenza la distinzione feudale fra dominio diretto e dominio utile. Basta leggere il codice civile, e la nostra legge ipotecaria, conforme in questo punto alla legislazione francese, per convincersi che Merlin si è ingannato. Sono suscettibili di ipoteca soltanto i beni immobili, vale a dire gl'immobili corporali e taluni diritti immobiliari; secondo il codice Napoleone, l'ipoteca non può gravare che l'usufrutto: la legge belga vi ha aggiunto i diritti d'enfiteusi e di superficie. Non vi è punto dalla legge che dichiari capaci d'ipoteca le prestazioni, come le rendite chiamate fondiarie o i canoni enfiteutici, e la ragione ne è assai chiara. Nel diritto moderno, non vi sono più prestazioni immobiliari; le rendite fondiarie sono mobili (articolo 539), ed a maggior ragione sono tali i canoni enfiteutici. Infatti, la rendita fondiaria è stabilita come prezzo della vendita, o come condizione della cessione a titolo oneroso di un immobile; la rendita fondiaria permetteva dunque la finzione della riserva d'una parte del fondo alienato. Al contrario, nell'enfiteusi non vi è alcuna alienazione della proprietà, il concedente rimane proprietario; il canone gli è pagato in riconoscimento di questa sua qualità. Si può forse comprendere che vi siano due immobili, l'immobile corporale che continua ad appartenere al concedente, e la prestazione che gli è pagata per constatare il suo diritto? Che la legge possa stabilire una simile finzione, non conte-

(1) *Questions de droit*, alla parola *Emphytéose*, § VII (t. VI, p. 295 e seg.).

stiamo. Ma dove è il testo che la stabilisce? È inutile insistere; se abbiamo voluto rilevare questo errore d'un grande giureconsulto, lo abbiamo fatto per mettere in guardia i nostri giovani lettori contro l'autorità che s'annette al suo nome, la quale è meritata davvero, sebbene bisogni diffidare delle sue opinioni nelle materie tradizionali, essendo egli l'uomo della tradizione, ciò che costituisce insieme un pregio ed un difetto.

393. Il proprietario del fondo enfiteutico conserva un diritto di godimento durante l'enfiteusi? Secondo i principii, non bisogna esitare a rispondere negativamente. Quando un bene è gravato d'usufrutto, non rimane al proprietario alcun diritto sui frutti o sui prodotti della cosa; per questo motivo si dice che egli ha soltanto la *nuda* proprietà. Ora, i diritti dell'enfiteuta sono più estesi di quelli dell'usufruttuario; si dovrà quindi dire, a miglior ragione, che il concedente non è se non nudo proprietario. Ciò significa che egli non ha alcun diritto di godimento.

Vi sono tuttavia frutti e prodotti ai quali l'usufruttuario e l'enfiteuta non hanno alcun diritto: tali sono i boschi di alto fusto non distribuiti in tagli regolari, ed i prodotti delle cave di pietra e delle miniere non aperte all'atto della costituzione dell'usufrutto o dell'enfiteusi. Ciò vuol forse dire che il nudo proprietario vi abbia diritto? In materia d'usufrutto, non vi è alcun dubbio: il nudo proprietario non potrebbe abbattere un bosco di alto fusto; quanto alle miniere, il governo ne può autorizzare l'esercizio durante l'usufrutto, a condizione che il concessionario indennizzi l'usufruttuario della perdita del godimento che egli viene a soffrirne. Bisogna seguire altri principii in caso d'enfiteusi? Non lo crediamo. La questione non è neppur dubbia in quanto concerne le miniere: non vi è ragione per fare una differenza tra l'enfiteuta e l'usufruttuario. Quanto ai boschi di alto fusto, si disse nella discussione preparatoria del progetto di legge sull'enfiteusi, che il proprietario aveva diritto di fare qualunque specie di tagli; il governo che diè questa risposta alle sezioni, invocò l'articolo 4, a termini del quale l'enfiteuta profitta degli alberi periti o svelti per accidente. Donde si concludeva *a contrario* che l'enfiteuta non aveva altri diritti sui boschi, e che, per conseguenza, i tagli dovevano appartenere al proprietario. A nostro parere, questa interpretazione è erronea. Noi abbiamo detto quali sono i diritti dell'enfiteuta sui boschi, e secondo la tradizione, e secondo il testo e lo spirito della legge belga. Tutto ciò che si potrebbe sostenere, è che il concedente può fare i tagli di boschi di alto fusto cui l'enfiteuta non ha alcun diritto. Noi gli contestiamo questo potere. È certo che il nudo proprietario non lo ha, perchè non può diminuire il godimento dell'usufruttuario; ora, il godimento dell'enfiteuta è più esteso di quello dell'usufruttuario, dunque *a fortiori* il proprietario nulla può fare che

l'ostacoli o lo diminuisca. Ciò è decisivo. Quanto all'opinione contraria enunciata dal governo, non è che un semplice parere, il quale non ha alcun valore quando si trova in opposizione coi principii.

393 *bis.* Può accadere che il proprietario vanti diritti da esercitare contro l'enfiteuta all'estinzione dell'enfiteusi, sia in causa del mancato pagamento di parte del canone, sia a titolo di risarcimento di danni dovuti in forza di avvenute deteriorazioni. Se l'enfiteuta ha fatto costruzioni o piantagioni, il proprietario ha il diritto di ritenzione sino a che non venga soddisfatto di ciò che gli è dovuto (articolo 7). Per conseguenza può opporsi a che l'enfiteuta tolga le piante e distrugga gli edifici. La legge gli accorda questa garanzia perchè non ne ha altra, e questa stessa sarà il più delle volte affatto illusoria. Quanti sono gli enfiteuti che facciano piantagioni e costruzioni? I più non sono che poveri coltivatori, i quali, per procurarsi dei mezzi d'esistenza, prendono in enfiteusi fondi di cui nessuno vorrebbe assumere la locazione.

§ II. — *Obbligazioni del proprietario.*

394. La legge non parla delle obbligazioni del concedente; se dunque ne ha, debbono risultare dalla natura del contratto. Siccome il contratto enfiteutico partecipa insieme della locazione e della vendita, ne risulta che colui il quale dà un fondo in enfiteusi è tenuto alle obbligazioni che sono a quelle comuni. Entrambi sono contratti a titolo oneroso; per conseguenza il locatore ed il venditore sono tenuti alla garanzia. Si obbiettava, nell'antico diritto, che l'enfiteusi doveva piuttosto essere considerata come un contratto a titolo gratuito, e si potrebbe dire lo stesso secondo la legge belga, poichè il proprietario nulla riceve, se non una lieve prestazione in riconoscimento del suo diritto di proprietà. Noi abbiamo risposto dianzi alla obbiezione; il canone, per quanto modico lo si supponga, non cessa d'essere una prestazione annua, una rendita che l'enfiteuta deve pagare al concedente e che rappresenta per lo meno una parte dei frutti; vi è dunque titolo oneroso, e per conseguenza il proprietario deve garanzia all'enfiteuta contro le turbative e le evizioni (1). Bisogna applicare per analogia ciò che diremo intorno all'obbligo di garanzia che incombe al venditore ed al locatore, nei titoli della *Vendita* e della *Locazione.*

395. Il proprietario non è tenuto ad alcuno degli oneri che

(1) DOMAT, *Lois civiles,* lib. I, t. IV, sez. X, n. 7. DUVERGIER, *Du louage,* num. 176, p. 52.

il codice civile impone al nudo proprietario dei beni gravati di usufrutto. A termini dell'articolo 605, le riparazioni straordinarie stanno a carico del nudo proprietario, mentre la legge del 1824 dice formalmente che il proprietario non è tenuto ad alcuna riparazione. Secondo l'articolo 609, gli oneri imposti alla proprietà durante l'usufrutto si dividono tra l'usufruttuario ed il nudo proprietario; in materia di enfiteusi, al contrario, le imposizioni di qualunque natura devono essere corrisposte dall'enfiteuta. Noi ne abbiamo detto la ragione. Se ne concluderà che le altre obbligazioni e gli altri oneri incombenti al nudo proprietario non possono estendersi all'enfiteusi?

L'articolo 599 dice che il proprietario non può, col suo fatto nè in qualsivoglia altro modo, nuocere ai diritti dell'usufruttuario. Noi crediamo che questa disposizione sia applicabile all'enfiteusi. Infatti, la definizione medesima dice che l'enfiteuta ha il pieno godimento e noi abbiamo soggiunto che il proprietario deve garantirlo contro ogni turbativa ed evizione. A miglior ragione non può egli stesso turbare l'enfiteuta nel suo godimento.

Se insorgesse una causa concernente il fondo enfiteutico, bisognerebbe egualmente applicare i principii che scaturiscono dall'articolo 613. Essendo uguale il motivo di decidere, la decisione dovrà essere la medesima.

L'enfiteusi testamentaria non è che una teoria: teoricamente essa potrebbe comprendere tutti i beni; si applicherebbero, in questo caso, per analogia, le disposizioni dell'articolo 612 sul modo di contribuzione dell'enfiteuta e del proprietario ai debiti ereditari.

CAPITOLO VI.

TINZIONE DELL'ENFITEUSI.

§ I. — *Della confisca enfiteutica.*

396. Secondo il diritto romano, l'enfiteuta decadeva di pieno diritto se cessava di pagare il canone per tre anni. Ciò accadeva pure quando l'enfiteuta vendeva il fondo enfiteutico senza avere offerto la preferenza al proprietario (1). Gli è quanto si diceva confisca enfiteutica. In Francia non era ammessa

(1) L. 2 e 3, C., *de jure emghyt.* (IV, 63).

nessuna delle due specie. Loyseau lo dice della confisca incorsa per cessazione di pagamento del canone enfiteutico. Essa non è osservata, egli scrive, salvo che non vi sia una stipulazione espressa, che è quanto noi chiamiamo patto commissorio. Vi ha di più: ancorchè vi fosse una clausola espressa di risoluzione, questa non era rigorosamente praticata. Si spingeva l'indulgenza a tal segno che se il signore si fosse posto in possesso in virtù del patto commissorio e d'una sentenza del magistrato, l'enfiteuta poteva ancora rientrare nel fondo, dopo trent'anni, pagando il canone (1). La confisca, quantunque scritta nel contratto, era dunque puramente comminatoria.

397. La legge belga non annovera la confisca fra le cause che apportano l'estinzione dell'enfiteusi. Segue da ciò che le parti rimangono sotto l'impero del diritto comune. In Francia, essendo caduta in desuetudine la confisca romana, si ammette il medesimo principio. Ma quando si tratta di applicarlo, cessa l'accordo. Vi è un vero caos di opinioni in questa materia. Per apprezzare questi pareri discordanti, bisognerebbe cominciare dall'esporre la teoria della condizione risolutiva tacita e del patto commissorio. Noi tratteremo questo soggetto al titolo delle *Obbligazioni;* pel momento, ci limitiamo a richiamare i principii applicandoli all'enfiteusi.

La condizione risolutiva tacita è sottintesa nei contratti sinallagmatici pel caso in cui una delle due parti non soddisfi alle sue obbligazioni (articolo 1184). Se dunque l'enfiteuta non paga il canone, il proprietario può domandare la risoluzione del contratto. Secondo l'opinione che abbiamo insegnata sul contratto enfiteutico, ciò non presenta alcun dubbio, poichè questo contratto è bilaterale come la vendita e la locazione, con cui ha una incontestabile analogia. Ma la condizione risolutiva tacita non ha effetto di pieno diritto. La risoluzione deve essere domandata in giudizio; e, secondo le circostanze, il giudice può accordare un termine al convenuto. Una volta pronunciata la risoluzione, la decadenza è definitiva, per effetto della cosa giudicata: non si concederebbe più all'enfiteuta di rientrare in possesso del fondo pagando i canoni scaduti.

Le parti possono anche stipulare che l'enfiteusi sarà risoluta pel mancato soddisfacimento del canone. È questa una condizione risolutiva espressa che ha effetto di pien diritto, senza cioè che il proprietario abbia manifestata la volontà di domandare la risoluzione? È una questione d'interpretazione di volontà, perchè si tratta di spiegare il significato di una clausola. Quando le parti avessero formalmente dichiarata la loro

(2) Vedi i documenti riferiti da MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Commise emphytéotique,* n. 1. Confronta TROPLONG, *Du louage,* n. 46, p. 95. DUVERGIER, *Du louage,* n. 166, p. 48.

intenzione dichiarando che l'enfiteusi cesserà di pien diritto senza alcun atto da parte del proprietario, il patto commissorio produrrebbe gli effetti della condizione risolutiva espressa, poichè le convenzioni tengono luogo di legge per coloro che le hanno fatte (articolo 1134). Ma se le parti avessero detto soltanto che la locazione enfiteutica sarà risoluta di pieno diritto, questa clausola non equivarrebbe certo ad una condizione risolutiva espressa. Il proprietario ha due diritti, egli può domandare l'esecuzione del contratto, ovvero la risoluzione di questo: dal momento che gli spetta la scelta, deve dichiarare qual sia la sua volontà. Appena l'avrà manifestata, l'enfiteusi sarà risoluta. È quel che l'articolo 1656 dice in caso di vendita, ed in ciò esso non fa che applicare i principii generali che regolano il patto commissorio. Non vi deroga che in un punto, in quanto cioè richiede un'interpellazione; secondo il diritto comune, è sufficiente una manifestazione qualunque di volontà. È appunto questo diritto comune che riceve la sua applicazione all'enfiteusi. Noi applichiamo dunque all'enfiteusi l'art. 1656 in quanto consacra il diritto comune, non già in quanto vi deroga (1).

398. Se si tratta d'una locazione enfiteutica fatta anteriormente alla pubblicazione del codice civile, bisognerà applicare gli antichi principii ovvero quelli del diritto moderno? La differenza è grande; nell'antico diritto, la risoluzione, anche stipulata nei termini più formali, era una semplice minaccia; l'enfiteuta poteva sempre, anche dopo una sentenza, eludere gli effetti della decadenza, pagando il canone. Secondo il codice civile, al contrario, lo scioglimento è reale, e vien eseguito con serietà, se tale è la volontà delle parti. Dottrina e giurisprudenza ammettono che la legge nuova è la regolatrice della esecuzione dei contratti. Noi abbiamo combattuta questa opinione trattando della retroattività (2). L'applicazione che se ne fa all'enfiteusi sembra dare una conferma luminosa al nostro modo di vedere. Una locazione enfiteutica conchiusa prima della pubblicazione del codice civile stipula, nei termini più formali, la risoluzione: ciò non impedisce a questo patto di essere puramente comminatorio; secondo l'intenzione delle parti, la clausola è considerata come non scritta. Si vorrà ora che sotto l'impero del codice questa medesima clausola venga letteralmente eseguita? La retroattività sarebbe evidente. Il principio da cui si parte è dunque falso. Tuttavia l'incertezza che regna in questa materia è tale, che Troplong ammette il principio e respinge l'applicazione che se ne fa all'enfiteusi.

---

(1) Confronta MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Emphytéose*, § III, n. 2 (t. VI, p. 69). DUVERGIER, *Du louage*, p. 48, n. 167 e seg. TROPLONG, *Du louage*, n. 46, p. 95. Liegi 9 agosto 1842 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 49).

(2) Vedi il tomo I dei miei *Principii*, n. 223-226.

Bisogna essere logici; se il principio è vero, lo si deve applicare a tutti i casi come fa Duvergier. Che se l'applicazione prova che il principio importa la retroattività, bisogna senz'altro respingerlo (1).

§ II. — *Dell'abbandono.*

399. Può l'enfiteuta abbandonare il fondo per liberarsi dalle obbligazioni che il contratto o la legge gli impongono? Nello antico diritto la facoltà del rilascio era generalmente riconosciuta all'enfiteuta. Si legge in Merlin che il terzo acquirente d'un fondo gravato da una rendita enfiteutica può liberarsene coll'abbandono; ciò non è contestato da alcuno (2), egli dice. A propriamente parlare, non può farsi questione di abbandono, almeno secondo l'opinione da noi insegnata. Supponiano che l'enfiteuta venda il suo diritto. È l'acquirente tenuto al pagamento del canone? Egli è certamente obbligato verso il suo venditore, non già rispetto al proprietario. In riguardo a costui non può dunque trattarsi d'abbandono. Nei suoi rapporti coll'enfiteuta, suo autore, l'acquirente è legato da un vincolo di obbligazione; ora, è principio che nessuno può, mediante l'abbandono, liberarsi da oneri personali. Perciò nè il compratore nè l'affittuario possono esonerarsi dall'obbligo di pagare il prezzo. Ciò decide la questione anche in riguardo all'enfiteuta primitivo; egli non può valersi della facoltà del rilascio più che nol possano il compratore e l'affittuario, perchè, al pari di questi, è obbligato personalmente.

Quest'ultima questione era assai controversa fra gli interpreti del diritto romano, e lo è ancora oggidì. Merlin non esita ad affermare che siccome la prestazione enfiteutica è dovuta dal fondo e non dalla persona, deve essere concesso all'enfiteuta il diritto d'abbandono. Noi abbiamo già combattuta questa opinione; nella specie poi Merlin offre un motivo così erroneo che basterebbe a far rigettare tutta la sua teoria. Il perimento totale del fondo dato in enfiteusi, egli dice, libera l'enfiteuta dalla rendita: non è dunque la persona dell'enfiteuta che deve questa rendita e, per conseguenza, l'abbandono della cosa deve farla cessare. Quest'argomentazione si potrebbe alla lettera applicare all'affittuario: significa ciò che il prezzo di fitto sia dovuto dal fondo e che l'affittuario possa abbandonare? Sarebbe addirittura un'eresia giuridica; e se lo è per l'affittuario, lo è anche per l'enfiteuta. Anche Voet ammette la facoltà del rilascio per ragioni che non valgono meglio di quelle di Merlin. Si permette

(1) TROPLONG, *Du louage*, n. 46, p. 96. DUVERGIER, *Du louage*, n. 168, p. 49.
(2) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Deguerpissement*, § II.

all'usufruttuario di abbandonare il fondo per liberarsi dalle obbligazioni cui è tenuto; si permette al proprietario del fondo serviente di farne il rilascio sebbene egli abbia assunto l'onere di sopportare la spesa delle opere necessarie all'uso della servitù; perchè non si darebbe lo stesso diritto all'enfiteuta? (1). Rispondiamo che con ciò si confondono diritti essenzialmente diversi. La servitù è dovuta dal fondo e non dal possessore del fondo; la legge estende questo principio all'obbligazione che il proprietario del fondo contrae di sopportare la spesa, poichè è una obbligazione accessoria all'onere principale che è puramente reale. Dunque il proprietario di un fondo gravato d'una servitù o d'un usufrutto non è tenuto che in qualità di detentore del fondo e deve quindi avere il diritto d'abbandono. Ma nell'enfiteusi non è il fondo tenuto al pagamento del canone. L'enfiteusi non è una servitù; i giureconsulti romani l'assimilavano alcuni alla locazione, altri alla vendita, il che implica che l'enfiteuta è personalmente obbligato alla prestazione, e dove v'ha un vincolo personale, non può parlarsi di liberarsene mediante il rilascio.

Domat invoca in favore dell'enfiteuta considerazioni di equità che sono certo assai valide, ma di cui l'interprete non può tener conto; esse s'indirizzano al legislatore. A suo dire l'abbandono è fondato, non sul carattere reale del canone, ma sulle eventuali perdite o diminuzioni del fondo. Sarebbe giusto che l'enfiteuta dovesse pagare una rendita eccessiva, allorchè i prodotti del fondo non sono a ciò sufficienti? (2). Noi pure abbiamo seguìta la voce dell'equità finchè questa potea conciliarsi col diritto, permettendo all'enfiteuta di domandare una remissione del canone quando vi è perdita totale di godimento. All'infuori di questo caso, per cui vi è una analogia legale, si rimane sotto l'impero dei principii generali. È egli necessario provare che l'affittuario non potrebbe domandare la cessazione dell'affitto per motivi d'equità? Molto meno lo può l'enfiteuta. I contratti sono leggi per le parti, e quando la legge ha parlato, l'equità non può interloquire (3).

§ III. — *Dell'abuso di godimento.*

400. L'articolo 15 della legge del 1824 prescrive: « L'enfiteuta potrà essere dichiarato decaduto dal suo diritto quando avesse notevolmente a deteriorare l'immobile, od a commet-

(1) VOET, *Comment. in pandect.* VI, 3, 17. Nel medesimo senso, GLÜCK, *Pandekten*, t. VIII, p. 532 e seg. ARNDTS in WEISKE, *Rechtslexikon*, t. III, p. 878 e seguenti.
(2) DOMAT, *Lois civiles*, lib. I, t. IV, sez. X, n. 7.
(3) DUVERGIER, *Du louage*, n. 176, p. 51. PEPIN LE HALLEUR, p. 75 e seg.

tere gravi abusi di godimento, e ciò salvo sempre il risarcimento del danno. È questa l'applicazione della condizione risolutiva tacita. Domat scrive essere nella natura dell'enfiteusi che l'enfiteuta non possa deteriorare il fondo; quando lo faccia, vien meno alle sue obbligazioni, e quindi il proprietario ha diritto di domandare la risoluzione dell'enfiteusi. Quanto ai danni, questi sono dovuti di diritto, se vi è colpa. L'enfiteuta può anche essere tenuto a risarcimento senza che vi sia luogo alla risoluzione del contratto. Infatti non ogni danno autorizza la decadenza dell'enfiteuta. La legge vuole che la deteriorazione sia *notevole* e l'abuso sia *grave*. È questa la dottrina di Voet (1). Il legislatore mostra un'estrema indulgenza verso l'enfiteuta; noi ne abbiamo detto la ragione. L'articolo 16 della legge belga soggiunge: « l'enfiteuta potrà impedire la decadenza ristabilendo le cose nel loro antico stato e accordando garanzie per l'avvenire ». Ciò si comprende fino a quando la decadenza non sia pronunciata; la riparazione del danno e le garanzie pel futuro conciliano i diritti e gli interessi di entrambe le parti. Ma l'articolo 16 ha una portata maggiore. Una sezione della seconda Camera degli stati generali propose, alla discussione preparatoria, di surrogare la parola *impedire* con quella di prevenire; ciò equivaleva a limitare formalmente il diritto dell'enfiteuta al caso che abbiamo supposto. Il governo rispose che si era valso a disegno della parola *impedire*, per indicare che l'enfiteuta poteva essere mantenuto nel suo diritto, anche dopo la decadenza pronunziata dal giudice. Ciò è così esorbitante che noi facciamo fatica ad ammetterlo; si può forse concepire che si ritorni sovra una decisione giudiziaria e che il convenuto abbia facoltà di distruggere la sentenza che lo condanna? Tuttavia la dichiarazione è ufficiale, essa costituisce il commentario autentico della legge: bisogna dunque interpretarla come il legislatore l'ha intesa. Questa indulgenza d'altronde è tradizionale (n. 396).

401. Si seguirebbero i medesimi principii se l'atto d'enfiteusi contenesse una clausola formale di decadenza pel caso d'abuso? Fu giudicato che queste clausole di risoluzione sono puramente comminatorie (2). Ciò ci sembra troppo assoluto. I contratti formano la legge delle parti; le convenzioni sono dunque cosa seria e debbono essere seriamente eseguite. Nell'antico diritto le clausole risolutive non s'interpretavano che come minacce. Questo sistema non può più essere ammesso nel nostro diritto moderno. I contratti debbono essere interpretati secondo l'intenzione delle parti contraenti (art. 1156). E dunque secondo

(1) Voet, *Comment. in Pandect.*, VI. 3. 46. Domat. *Lois civils*, lib. I, t. IV, sez. X, n. 9.
(2) Metz, 17 dicembre 1826 (Dalloz, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 31).

la volontà delle parti che il giudice deciderà la questione. La vera difficoltà è questa: la risoluzione per causa di abuso, preveduta dagli articoli 15 e 16 della legge belga, produrrà i medesimi effetti se è scritta nell'atto? Non si può rispondere in modo assoluto, perchè tutto dipende dall'intenzione delle parti. Esse possono derogare alla legge (articolo 17); bisogna dunque vedere se abbiano inteso di derogarvi e qual sia la portata di queste derogazioni. La legge si mostra molto indulgente verso l'enfiteuta; ma nulla impedisce alle parti di essere più severe del legislatore. Al magistrato decidere secondo i termini dell'atto e le circostanze della causa.

402. Le clausole risolutive danno ancora luogo ad un'altra difficoltà. Venne giudicato che la risoluzione poteva essere direttamente domandata contro un terzo acquirente o subacquirente per deteriorazioni commesse dall'enfiteuta (1). Se la Corte di cassazione ha voluto dire che il contratto poteva essere risoluto e che la risoluzione avrebbe effetto contro i terzi, siamo d'accordo. Ma non ammettiamo che l'azione di risoluzione possa essere direttamente intentata contro i terzi. Essa nasce da un contratto e si fonda sull'inadempimento di questo: è dunque essenzialmente personale e non può essere promossa che contro colui il quale ha mancato alle sue obbligazioni. Chi ha abusato è l'enfiteuta, è l'enfiteuta che non ha adempiuto alle obbligazioni che il contratto gli imponeva; è dunque contro di lui che la risoluzione deve essere domandata. Pronunciato lo scioglimento, cadono le cessioni consentite dall'enfiteuta; è questa l'applicazione del principio che regola le concessioni fatte da chi non ha se non una proprietà risolvibile. Ma con qual diritto il proprietario agirebbe contro terzi che non hanno contratto con lui, e che non sono colpevoli dell'abuso pel quale è domandata la decadenza? Avremo occasione di ritornare sulla questione di massima al titolo delle *Obbligazioni.*

§ IV. — *Della perdita del fondo.*

403. L'enfiteusi si estingue, a termini della legge belga, con la distruzione del fondo (art. 18, e Legge sul diritto di superficie, art. 97). Quando la perdita è totale, non può parlarsi di enfiteusi. Questa, infatti, è un diritto reale, e non può sussistere diritto reale senza un obbietto a cui si riferisca. Per la medesima ragione perisce il diritto del proprietario. Questi non può esigere più prestazione enfiteutica, perchè il pagamento del canone non avrebbe più causa: l'enfiteuta lo doveva in ricognizione del diritto di proprietà di colui che gli concedeva il

---

(1) Sentenza di rigetto del 30 agosto 1827 (DALLOZ, alla parola *Louage emphytéotique*, n. 3, p. 593).

godimento della cosa; ora non vi è più nè proprietà nè godimento.

404. Che bisogna decidere se la perdita è parziale? Perisce una casa data in enfiteusi; l'enfiteusi sussiste sul suolo, od è estinta? Merlin dice che il diritto si estingue, che per conseguenza l'enfiteuta non deve più il canone (1). Troplong è di parere che l'enfiteusi sussista. Noi crediamo più opportuno di seguire quest'ultima opinione. L'enfiteusi non è limitata alla superficie, ma affetta tutto il fondo e dà all'enfiteuta il pieno godimento di questo; deve dunque sussistere quantunque la superficie sia distrutta. Vi sarà luogo, in questo caso, ad una riduzione proporzionale del canone? Se si ammettono i principii che abbiamo insegnati più innanzi, bisogna distinguere: se il canone rappresenta il godimento, dovrà essere diminuito se il godimento diminuisce: se lo si paga invece unicamente in ricognizione dei diritti del proprietario, senza alcun rapporto tra il reddito e l'ammontare del canone, la perdita parziale del fondo non può avere alcuna influenza sulle obbligazioni dell'enfiteuta (2). Si domanda se egli sarà tenuto a ricostruire. La questione è controversa. Proudhon dice che vi è obbligato per ciò che ha l'onere di conservare la cosa. Noi preferiamo l'opinione di Loyseau, il quale dice benissimo che l'obbligazione di conservare è distinta da quella di costruire, che l'una non implica l'altra: l'usufruttuario non è tenuto a ricostruire ciò che venne distrutto per caso fortuito quantunque sia obbligato a conservare (3).

§ V. — *Decorrenza del tempo.*

405. L'enfiteusi non può essere costituita che per un tempo limitato. Essa vien dunque meno di pieno diritto per la decorrenza del termine pel quale era stata stabilita. É questo il diritto comune; quando un contratto è stipulato a tempo, si estingue collo spirare di questo. Così accadeva nell'antico diritto (4), e la legge belga consacra la dottrina tradizionale. L'articolo 14 prescrive: « L'enfiteusi estinta per la decorrenza del tempo non si rinnova tacitamente, ma può continuare ad esistere sino a che venga revocata ». Da ciò risulta una differenza notevole tra la locazione ordinaria e quella enfiteutica. Siccome quest'ultima si stipula di regola per una durata che equivale a tre vite d'uomo, il legislatore non ha voluto che più

(1) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Emphytéose,* § I, n. 8.
(2) Confronta TROPLONG, *Du louage,* nn. 41 e 42, p. 94.
(3) PROUDHON, *De l'usufruit,* t. VIII, p. 565, n. 3733; LOYSEAU, *Du déguerpissement,* lib. V, cap VI; DUVERGIER, *Du louage,* n. 179, p. 52.
(4) VOET, VI, 3, 14. TROPLONG, *Du louage,* n. 40, p. 93.

generazioni fossero legate da un consenso tacito su cui rimane sempre qualche incertezza. Tuttavia se di fatto l'enfiteuta rimane in possesso, e se il proprietario ve lo lascia, la locazione continuerà, nel senso che l'enfiteuta godrà a condizione di pagare il canone, ma ciascuna delle parti può metter fine a questo stato di cose che è piuttosto un fatto che una convenzione.

Le parti possono derogare a queste disposizioni della legge siccome a tutte le altre, salva l'osservanza dell'articolo 2 che fissa la durata della locazione. Se l'atto porta che vi sarà tacita riconduzione, sol perchè l'enfiteuta rimanga in possesso dopo spirata la prima locazione, si applicheranno i principii che regolano la riconduzione tacita, e che noi esporremo al titolo della *Locazione*. Se dall'atto risulta che questa è una facoltà riservata all'enfiteuta, sarà necessario che costui manifesti la sua volontà di profittare della clausola, in modo sia espresso, sia tacito. La Corte di cassazione ha deciso che in questo caso vi sia soltanto un'obbligazione unilaterale da parte del concedente, e che questa non assuma il carattere di un contratto sinallagmatico se non dal giorno in cui l'enfiteuta consenta, dal suo canto, a rinnovare la locazione (1). Ciò non è dubbio; è l'applicazione dei principii elementari che regolano le convenzioni.

406. Si è presentata in merito alla prova, una difficoltà, che non è però realmente tale. Il concedente vuol disporre del fondo enfiteutico; egli pretende che la locazione è spirata. Si discusse innanzi alla Corte di Bruxelles la questione di sapere se in questo caso toccava al locatore di dimostrare che la locazione era finita, o se spettava invece all'enfiteuta di giustificare il suo diritto a continuare nel godimento. Il testo del codice la risolve (art. 1315): siccome il proprietario è attore, ha l'onere di provare il fondamento della sua domanda (1).

§ VI. — *Delle altre cause d'estinzione.*

407. A termini dell'art. 18 della legge belga, « l'enfiteusi si estingue nel modo istesso che il diritto di superficie ». E la legge sulla superficie prescrive (art. 9): « Il diritto di superficie s'estingue, *fra gli altri modi,* con la confusione, la distruzione del fondo, la prescrizione trentennale ». Dicendo *fra gli altri modi,* il legislatore ha voluto riferirsi al diritto comune per le cause che apportano l'estinzione della enfiteusi e della superficie. Bisogna dunque applicare per analogia ciò che abbiamo detto dell'estinzione dell'usufrutto e delle servitù, con

(1) Sentenza di rigetto del 14 marzo 1860 (Dalloz, 1860, 1, 163).
(2) Bruxelles, 14 novembre 1823 (*Pasicrisie,* 1823, p. 532).

una riserva, cioè che l'enfiteusi non è una servitù. Perciò da una parte non termina con la morte dell'enfiteuta, dall'altra vi è una causa d'estinzione affatto speciale alle servitù, cioè il non uso. Siccome l'enfiteusi non è una servitù, si dovranno applicare i principii di diritto comune che regolano la prescrizione, principii cui il codice deroga, secondo la generale opinione, in materia di servitù. Tuttociò che vi è d'eccezionale, al titolo delle *Servitù* o dell'*Usufrutto*, naturalmente non può essere esteso all'enfiteusi, poichè qualunque eccezione deve essere interpretata restrittivamente. Quando dunque l'enfiteusi si estinguerà con la prescrizione? Quando dice Voet, il proprietario avrà goduto del dominio utile e diretto, vale a dire della piena proprietà, durante il tempo richiesto dalla legge. Questo tempo secondo il codice civile è di trent'anni. Se il proprietario vendesse il fondo gravato d'enfiteusi, l'acquirente con titolo e buona fede farebbe sua la piena proprietà mediante un possesso di dieci o venti anni, e per conseguenza il diritto d'enfiteusi sarebbe estinto. Potrebbe l'enfiteuta prescrivere la piena proprietà contro il concedente? A rigor di principio, no, poichè di fronte al concedente egli non è che un possessore precario e non può prescrivere contro il suo titolo. Egli potrebbe prescrivere se il suo titolo fosse intervertito. Tale è il diritto comune, ed è pur questa la dottrina di Voet (1).

408. L'espropriazione per causa di pubblica utilità dà luogo ad una difficoltà sulla quale la giurisprudenza è divisa. È inutile dire che l'espropriazione estinguo l'enfiteusi al pari di tutti i diritti reali che gravano sul fondo espropriato. Si domanda come sarà regolata l'indennità. In Francia l'enfiteusi si assimila all'usufrutto; ora la legge francese del 3 maggio 1841 decide (art. 39, § 2) che vien fissata un'unica indennità riguardo al valore totale dell'immobile; il nudo proprietario e l'usufruttuario esercitano i loro diritti sull'ammontare dell'indennità, in luogo di esercitarli sulla cosa (2). Ciò è assai logico. L'espropriazione nulla deve cambiare ai diritti delle parti interessate; siccome il fondo entra nel demanio pubblico dello Stato, cessa di essere soggetto a qualsivoglia diritto reale, ma i diritti di simil natura si eserciteranno sull'indennità quando consistono in un diritto di godimento.

Nelle nostre leggi non vi è una disposizione analoga a quella della legge francese del 1841. La legge dell'8 marzo 1810 si limita a dire che i terzi interessati a titolo d'usufrutto o di locazione debbono essere posti in causa dal proprietario, e che la loro indennità è regolata nella medesima forma di quella

(1) Voet, *Comment. ad Pandect.*, VI, 3, 47, p. 453.

(2) Sentenza di rigetto del 12 marzo 1845 (Dalloz, 1845, 1, 105). La dottrina è nel medesimo senso. Vedi gli autori citati da Dalloz, alla parola *Expropriation pour cause d'utilité pubblique*, n. 618.

dovuta al proprietario; il che implica che loro spetta un'indennità speciale (art. 18). Questa disposizione è riprodotta dalla legge del 23 aprile 1835 (art. 19). È stato deciso in applicazione di queste leggi che l'enfiteuta non poteva reclamare gli interessi dell'indennità aggiudicata al concedente, ma che aveva solamente diritto ad una quota di questa indennità pel valore venale e le piantagioni. Ma su quale base si valuterà questa quota? Nella specie la Corte ha aggiudicato tre settimi all'enfiteuta e quattro settimi al proprietario (1). La sentenza non dice, secondo quali criteri sia stata calcolata questa cifra. Il calcolo, in ogni caso, è affatto arbitrario, perchè non ha fondamento legale. Noi preferiamo la giurisprudenza francese la quale è più semplice e più giuridica.

---

(1) Bruxelles, 29 aprile 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 19).

TITOLO VI.

Del diritto di superficie (1).

CAPITOLO I.

NOZIONI GENERALI

§ 1. — *Definizione.*

409. La legge del 10 gennaio 1824 definisce in questi termini il diritto di superficie: « Il diritto di superficie è un diritto reale che consiste nell'avere costruzioni, opere o piantagioni sopra un fondo appartenente ad altri ». Quale è la natura di questo diritto? La nostra legge lo chiama un diritto reale, il che indica non costituire esso che un semplice smembramento della proprietà. È certo che il superficiario non ha alcun diritto di proprietà sul suolo, poichè la legge dice formalmente che il suolo appartiene ad altri. Ma la legge non si spiega sulla natura del diritto che il superficiario ha sulle costruzioni, opere o piantagioni; è forse un diritto di proprietà ovvero soltanto uno smembramento di questa? La tesi è controversa, tanto nel diritto romano quanto nel moderno.

Ne fa meraviglia che gli interpreti del diritto romano non vadano d'accordo sopra una questione che non dovrebbe essere neppure sollevata. Gli Alemanni, grandi amatori di teorie, ne costruiscono per amore dell'arte; essi scordano che la nostra scienza è un aspetto della vita, e la vita reale è anzitutto pratica. Vi sono autori che hanno creduto opportuno di risuscitare la distinzione del dominio diretto e del dominio utile, riconoscendo al superficiario il dominio utile delle costruzioni e piantagioni (2). Noi rimandiamo questi amatori di novità al presidente Favre:

---

(1) PROUDHON, *Traité des droit d'usage, servitudes réelles et de droit de superficie*, edizione di CURASSON, 2 vol. Parigi, 1848. DONELLI, *Commentarii de jure civili*, lib. IX, cap. 16 e 17 (t. V dell'edizione tedesca del 1822, p. 393). Le fonti romane sono indicate in WEISKE, *Rechtslexicon*, alla parola, *Superficies*, t. X, pagina 195, nota 1.

(2) DUROI, *Archiv für civilistiche Praxis*, t. VI, p. 387 e seg. Confronta BÜCHEL, *Civilreshtliche Erörterungen*, 1, 3, p. 156 e seg.

il rude magistrato si scaglia contro i legisti feudali che rivendicano il dominio utile a vantaggio del superficiario; egli dice e ripete che non solamente il superficiario non ha la proprietà delle costruzioni e piantagioni, ma che non può averla (1). Donelli dimostra questa proposizione sino all'evidenza. La natura delle cose, egli dice, si oppone a simili pretese. Si può forse comprendere una costruzione senza suolo? Ma meno ancora si potrebbe concepire che colui il quale è proprietario di una cosa non lo sia poi del suolo con cui quella forma un sol tutto. Il diritto ci dice poi che ogni costruzione accede al suolo, che per conseguenza il proprietario del suolo è proprietario dell'edificio quand'anche quest'ultimo fosse stato rinnalzato da un terzo possessore di buona fede. Si direbbe che i giureconsulti romani ebbero cura a prevenire perfino la possibilità d'una controversia; poichè apertamente dichiarano che le costruzioni formanti obbietto d'un diritto di superficie appartengono al proprietario del suolo. Ed è tanto vero che la cosa non potrebbe essere altrimenti, come diceva Favre, che sarebbe nulla la convenzione colla quale si fosse stabilito che il fondo dovesse appartenere ad una persona senza la superficie o questa senza di quello. Ci si arresterà a questo punto sostenendo che il Donello vuol troppo provare, perchè da quanto egli dice risulterebbe che nessuno può possedere una casa sull'altrui suolo mentre ciò forma l'obbietto del diritto di superficie. L'istesso Donello risponde alla obbiezione: secondo lo stretto diritto infatti, ciò non sarebbe possibile; inoltre il concedente ha dovuto intervenire ed accordare un'azione utile al superficiario (2). Ciò vuol dire che in conclusione il diritto di superficie è basato sopra una finzione.

410. Finzione o no, si dirà, la questione non è che di parole. Che il superficiario abbia un'azione utile od un'azione diretta che importa? Egli ha un'azione utile, dunque è proprietario. Il nostro diritto moderno ignora le finzioni e le sottigliezze del diritto pretorio. Secondo la legislazione nostra bisogna guardare addentro alla sostanza delle cose; ora il superficiario può essere proprietario della superficie senza esserlo del suolo, e la legge del 1824 consacra questa dottrina. È vero che il codice Napoleone ammette la separazione tra la superficie ed il fondo, che il diritto romano ed i veri principii dichiarano impossibile. L'art. 553 dice che un terzo, non proprietario del suolo, può acquistare per titolo o prescrizione la proprietà dell'edificio altrui in tutto od in parte. E secondo l'art. 664, i diversi piani d'una casa possono appartenere a diversi proprietari, se il suolo

(1) Faber, *De erroribus pragmaticorum, dec. 64, error 2; Conjecturarum*, lib. XIX, cap. 13, n. 6.
(2) Donelli, *Comment.*, IX, 6 (t. V, 16, p. 385).

è comune. Non è questo il vero diritto di superficie, ma ciò prova nondimeno che la separazione tra il suolo e la superficie è consacrata dalla legge. Il che vale a spiegare come, sotto l'impero del codice, un valentissimo giureconsulto ha potuto sostenere che il superficiario è proprietario non solo della superficie, ma ancora in certo senso del suolo, quantunque questa sia proprietà d'altrui. Proudhon insegna che la superficie non consiste in un diritto incorporale, come le servitù, che essa è un immobile reale e fisico e comporta un dominio che s'applica ad obbietti materiali, senza essere limitata alla facoltà di usare o di godere. Egli è della cosa superficiaria come d'una casa il cui pianterreno è attribuito ad uno ed il piano superiore ad un altro: questo piano costituisce una proprietà fisica e materiale, per colui al quale appartiene, ed è parimente una proprietà fisica e materiale la casa che io posseggo, in via superficiaria sul suolo altrui. Ecco perchè il superficiario era dianzi chiamato *domanier;* la superficie è dunque una vera proprietà fondiaria come qualunque altra. Proudhon è troppo fine giureconsulto per non ammettere che la separazione del suolo e della superficie è ben lontana dall'essere conforme all'ordine naturale delle cose, secondo cui la superficie deve cedere al suolo. Se la legge l'ammette, è perchè essa nulla ha di contrario all'ordine pubblico ed ai buoni costumi; il legislatore le dà forza siccome a qualunque altra convenzione che riguarda cose od interessi di che l'uomo può liberamente disporre. Ed è così vero che questa separazione, possibile in forza della legge, è però a rigor di diritto affatto impossibile, che Proudhon è obbligato di riconoscere al superficiario una partecipazione alla proprietà del suolo istesso. Infatti egli dice, l'edificio consiste, secondo le leggi romane di due cose, del suolo cioè e della superficie; senza il suolo, la superficie non potrebbe esistere, e neppure essere idealmente concepita. Proudhon conclude dicendo che il superficiario è associato nel dominio del fondo (1).

Tutta questa teoria non ha alcun fondamento. Noi non neghiamo che la separazione della superficie e del suolo sia legalmente possibile, poichè vi sono testi del codice che l'ammettono. Ma la questione sta nel sapere se il superficiario sia realmente proprietario della superficie ed associato alla proprietà del suolo. Ora, in Francia, non vi è legge sulla materia; il codice non pronuncia la parola: diritto di superficie. Se dunque questo diritto esiste, dovrà essere regolato dalle leggi romane, le sole che abbiano stabilito norme in proposito. Da ciò consegue che è erroneo il ragionamento che fa Proudhon quando

(1) PROUDHON e CURASSON, *Traité des droit d'usage*, t. I, p. 390, n. 373, p. 385, n. 368. Vedi, nel medesimo senso, una sentenza di Besançon del 12 dicembre 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 1).

si poggia sul codice per determinare i caratteri d'un diritto sconosciuto alla legge civile. Egli doveva unicamente argomentare secondo il testo delle Pandette. Su questo terreno, la dottrina di Proudhon deve senza alcun dubbio essere ripudiata perchè costituisce una vera eresia giuridica. Infatti, egli dichiara possibile una separazione tra la superficie ed il suolo, mentre il diritto romano la nega recisamente. Egli attribuisce al proprietario una parte nella proprietà del suolo, il che non cadde mai in animo d'alcuno dei giureconsulti romani. Non si fa, in sostanza che riprodurre la vecchia teoria del dominio utile che l'antico diritto riconosceva al superficiario. Questa distinzione è ignota al diritto romano, e su questo punto noi non abbiamo che rimandare lo studioso al Donello di cui abbiamo esposto dianzi la dottrina (n. 344).

411. Nel Belgio abbiamo una legge, ed è questa che deve decidere la questione. Essa è molto discussa fra i giureconsulti olandesi (1), sebbene non si faccia cenno di alcuna sentenza di magistrato; il che dimostrerebbe che la controversia non ha oltrepassato la soglia della scuola; siccome però essa riguarda un principio fondamentale della legge così siamo costretti ad insistervi. Si è preteso che il testo elimini ogni difficoltà: a termini dell'art. 1.° della legge del 1824, il diritto di superficie consiste nell'*avere* costruzioni sopra un fondo appartenente ad altri. Questa parola *avere* indica il possesso e la proprietà; se il possessore *ha* una casa sul fondo altrui, è perchè la possiede, perchè ne è proprietario. L'argomento è assai debole perchè si può possedere a diverso titolo: coloro che vantano un diritto reale sopra un immobile hanno il possesso e la proprietà di questo diritto, ma non sono con questo proprietarii della cosa sulla quale lo esercitano. Il superficiario può dunque *avere* degli edifici sul suolo altrui, ed esercitare quasi tutti i diritti del proprietario senza esserne tuttavia proprietario. Nel Progetto del 1820, la questione sembrava decisa; dopo la parola *avere,* il progetto soggiungeva: « e possedere a titolo di proprietà » (2). Questa parte dell'articolo è stata soppressa. Essa poteva far credere che il nuovo codice consacrasse la vecchia teoria del dominio utile. Ciò dimostra in ogni caso che la parola *avere,* da sè sola, non può avere la portata che le si attribuisce; è una espressione generale che si applica tanto alla proprietà quanto ai suoi smembramenti.

L'art. 6 della legge fornisce un argomento più specioso. Esso prescrive che, spirato il diritto di superficie, la *proprietà* delle costruzioni *passa* al proprietario del fondo. Avviene dunque, si

---

(1) Attingiamo gli elementi di questa controversia da OPZOMER, *Het burgerlijk wetboek,* 1850, 3 vol.

(2) « *En als eigendom te bezitten* ». È questa l'opinione di DE PINTO (OPZOMER, t. II, p. 109 e seg.).

dice, in questo momento una trasmissione di proprietà; ora, perchè questa possa trasmettersi dal superficiario al proprietario, occorre che il superficiario abbia nel suo dominio la costruzione, giacchè non potrebbe trasferire ad altri diritti che egli stesso non ha (1). E mestieri forse di far ricorso alla finzione del dominio utile per spiegare questa espressione? (2). Non si nega la possibilità che questa teoria antiquata abbia avuta qualche influenza sugli autori della legge belga; tuttavia il testo non ne porta alcuna traccia, e ciò che le toglie ogni credito, si è che nell'antico diritto De Groot insegnava la pura dottrina romana; egli dichiarava recisamente che il superficiario non aveva la piena, la vera proprietà della cosa gravata del diritto di superficie, giacchè nessuno può essere proprietario d'un edificio quando non lo è del suolo al quale l'edificio s'incorpora, e con cui forma un sol tutto. Che cosa era dunque il diritto del superficiario secondo il De Groot? Il diritto di costruire sul fondo altrui, di conservare le costruzioni e di goderne. É un quasi-dominio, diceva Donello. Il legislatore belga dà il nome di proprietà a questo diritto che all'estinzione della superficie passa al proprietario del suolo (3). Noi lo dimostreremo col testo medesimo della legge.

L'art. 6 suppone che le costruzioni siano state erette dal superficiario. Se, all'epoca della formazione del contratto, vi erano già sul fondo delle costruzioni, esse formano, in questo momento, proprietà indiscutibile di colui al quale il suolo appartiene. Diverranno proprietà del superficiario? Secondo l'opinione che noi combattiamo, bisognerebbe rispondere affermativamente. Infatti, non vi sono due diritti di superficie, l'uno che cade su edifici da costruirsi, l'altro stabilito su edifici già costruiti; il diritto del superficiario è uno, identico nelle due ipotesi. Ebbene, che dice l'art. 7 che prevede il caso in cui già esistono edifici sul fondo? Il proprietario del fondo li *riprenderà* all'estinguersi del diritto; il che significa che non hanno mai cessato di appartenergli. La legge suppone, per vero, che il superficiario, che essa chiama *l'acquirente,* non abbia pagato il valore delle costruzioni; ma questa circostanza è estranea alla nostra questione: se la legge ne fa menzione, è per concluderne che, spirato il suo diritto, il superficiario non può reclamare alcuna indennità, mentre ha diritto ad un compenso se corrisponde il valore delle opere all'istante in cui è immesso nel godimento.

Vi è nella legge belga un'altra disposizione che sembra dar ragione a coloro i quali dicono che il superficiario ha la pro-

---

(1) LIPMAN, *Introduction au titre de la Superficie,* (OPZOMER, t. II, p. 108).
(2) È l'opinione di OPZOMER, t. II, p. 108 e nota 2.
(3) DE GROOT, *Inleiding op de hollandsche ruchtsgeleerdheid,* II, 46, 9.

prietà degli edificii: egli può demolirli, dice l'art. 5, se ne fu il costruttore, o se ne ha pagato il prezzo. Si può forse ammettere che colui il quale non è proprietario d'una cosa abbia facoltà di distruggerla? Si risponde che se egli avesse realmente la proprietà degli edifici, sarebbe stato inutile dire che può demolirli, perchè è questo un diritto comune ad ogni proprietario. Non bisogna confondere le facoltà inerenti al diritto di proprietà col diritto da cui derivano; tutte queste facoltà si possono distaccare, smembrare, pur conservandosi insieme il dominio della cosa. Così accade nell'enfiteusi. L'enfiteuta può esercitare tutti i diritti annessi alla proprietà del fondo e tuttavia non è proprietario. Lo stesso è a dirsi del superficiario Egli può demolire, non perchè è proprietario, ma quantunque non lo sia (1).

§ II. — *Caratteri della superficie.*

412. Dice il Donello che vi sono tre cose essenziali nella superficie. Occorre anzitutto che il suolo su cui si trovano gli edifici appartenga ad altri; infatti, la superficie implica che il superficiario non ha la proprietà del suolo. Il diritto romano ignora la pretesa partecipazione alla proprietà del suolo immaginata da Proudhon, e questa è pur sconosciuta alla legge belga: la definizione enuncia che il superficiario ha diritto di avere degli edifici sopra un fondo appartenente ad altrui. Un altro elemento essenziale è indicato dal nome istesso del diritto: una superficie, col quale nome s'intende una costruzione distinta dal suolo. Quando un edificio è considerato come parte del suolo, non è più una superficie, è la proprietà assoluta del suolo che si estende a tutto quanto esiste al disopra e al disotto di questo. Secondo la purezza del linguaggio giuridico non si dice già che il superficiario ha un diritto sopra edifici, bensì sopra una *superficie* ovvero sopra *costruzioni superficiarie,* e ciò allo scopo d'indicare che il diritto non cade sugli edifici stessi, i quali non si comprenderebbero senza il suolo, ma che ha per obbietto le costruzioni considerate superficiariamente, facendo astrazione dal suolo. La nostra legge, meno corretta, si serve della parola *edifici;* la si deve intendere nel senso che abbiamo spiegato secondo Donello: ciò non presenta alcun dubbio. Infine, occorre che il superficiario *abbia* questi edifici: tale è pure l'espressione della legge belga, e significa non che il superficiario sia proprietario, ma che egli può usare della cosa come se gli appartenesse. Costui possiede adunque i diritti del proprietario senza essere tale (2).

---

(1) È questa l'opinione di OPZOMER, t. II, p. 110.
(2) DONELLI, *Commentarii*, IX, 16, 2-5 (t. V, p. 394 e seg.).

413. Donello non dice che il superficiario debba corrispondere al proprietario una prestazione in riconoscimento del suo diritto di proprietà (1). La legge belga, che stabilisce questa condizione per l'enfiteusi, non la riproduce nella definizione del diritto di superficie. È questa una differenza fra i due diritti, i quali presentano del resto tali caratteri d'analogia che taluni giureconsulti li confondono addirittura, e sembrano credere non esservi che una differenza di denominazione, nel senso che il diritto d'enfiteusi costituito sopra un edificio prende il nome di diritto di superficie (2). Per quanto però l'analogia sia grande, non mancano differenze ed essenziali. Ne abbiamo già notata una, di cui è molto difficile rendersi ragione. L'enfiteuta deve un canone il quale serve a dimostrare essere egli possessore precario riguardo al proprietario. Ora, la medesima ragione esiste pel superficiario. Ciò è tanto vero che Donello consiglia di fare il contratto sotto forma di locazione, affinchè la prestazione annua sia un riconoscimento dei diritti del proprietario del suolo. Se si ammette che il diritto di superficie può essere costituito a titolo gratuito, egli è perchè la donazione esige un atto formale; ora, dal momento che vi è una scrittura, i diritti del proprietario sono protetti giacchè il nome medesimo del diritto che si concede, implica che il donante rimane proprietario.

Donello avverte un'altra differenza. L'enfiteusi costituita sopra un edificio colpisce anche il fondo perchè non si concepisce una costituzione senza il suolo col quale è congiunta. Al contrario il diritto di superficie non cade sul fondo e non ha per oggetto che la superficie. Non bisogna credere che la differenza sia di nome soltanto. Finchè le costruzioni sussistono, i diritti del superficiario e dell'enfiteuta sono identici in ordine al godimento. Ma se la costruzione vien distrutta per caso fortuito, il diritto del superficiario s'estinguerà, non essendovi più superficie, laddove quello dell'enfiteuta persisterà ancora, come quello che giova l'intero fondo (3).

Secondo la legge belga, vi è pure una differenza relativa alla durata del diritto. Avremo occasione di vederla più innanzi.

414. Grande è l'analogia tra l'usufrutto ed il diritto di superficie. Proudhon dice che il superficiario e l'usufruttuario godono entrambi d'un suolo che loro non appartiene; espressione questa che non è interamente esatta, poichè l'usufruttuario ha un diritto sovra il suolo, l'enfiteuta non ha che un diritto sulla superficie, ma entrambi godono d'un diritto reale sul fondo altrui, diritto che loro attribuisce il godimento delle

(1) Donelli, *Commentarii*, IX, 16, 7.
(2) Duranton, t. IV, p. 67, § II: *De l'Emphytéose et du droit de superficie considérés comme droits immobiliers.*
(3) Donelli, *Commentarii*, IX, 16, 1 (t. V, p. 393).

costruzioni che vi si trovano; questo diritto esercitandosi sopra una cosa immobiliare è dalla legge collocato fra gli immobili, e per conseguenza può essere ipotecato. Entrambi esercitano poi le azioni reali e possessorie.

Proudhon soggiunge che l'usufrutto non è che una servitù personale, la quale viene a cessare con la morte dell'usufruttuario, mentre il diritto di superficie è un diritto di proprietà trasmissibile agli eredi del superficiario. Il diritto di superficie si trasmette, è vero, agli eredi, ma non a titolo di proprietà. Tutti i diritti reali sono trasmissibili per successione, sebbene non costituiscano che uno smembramento della proprietà. Lo stesso è a dirsi del diritto di superficie (1).

Vi è una differenza considerevole fra i due diritti relativamente all'estensione del godimento che attribuiscono all'usufruttuario ed al superficiario. Il primo deve conservare la sostanza della cosa, ed è tenuto per conseguenza a godere come un buon padre di famiglia. Proudhon dice che il superficiario, possedendo la sua proprietà da padrone, non ha obbligo di riparare nè di conservare, e che per questo motivo appunto non gli è imposto di prestare cauzione (2). Sotto un certo rispetto l'affermazione è vera, ma manca però di precisione. Avremo occasione di vedere in qual senso il superficiario ha diritto di abusare distruggendo la cosa; questo diritto non è assoluto. In ogni caso non vi è alcun rapporto tra i diritti del superficiario e l'obbligo della cauzione. L'enfiteuta non ne presta alcuna, e tuttavia è tenuto alle riparazioni, e deve godere da buon padre di famiglia.

Il diritto del superficiario differisce ancora da quello dell'usufruttario in quanto concerne la relativa durata e le cause d'estinzione che ne risultano. Noi dovremo occuparcene in seguito.

CAPITOLO II.

COME SI COSTITUISCE IL DIRITTO DI SUPERFICIE.

415. Chi può costituire il diritto di superficie? Senza dubbio il solo proprietario, trattandosi di uno smembramento della proprietà, e quindi di un'alienazione parziale. Per questo istesso motivo il proprietario dovrà anche possedere la capacità di alienare. Sotto questo rapporto vi è analogia completa fra il

---

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 142, n. 117.
(2) Proudhon e Curasson, *Des droit d'usage*, t. I, p. 376, n. 383.

diritto di superficie e l'enfiteusi; si applicherà quindi interamente quanto abbiano detto allora (n. 362). I principii sono identici anche in quanto concerne l'acquisto del diritto (363).

416. Sovra quali beni può cadere il diritto di superficie? Sul suolo, poichè, senza di questo, non si potrebbe concepire alcuna superficie. Nelle fonti romane, non si accenna che alle costruzioni superficiarie, donde si è tratta la conseguenza che non si potrebbe avere un diritto di superficie sopra una piantagione: invero, il diritto di superficie è una pura finzione, e le finzioni non si estendono, neppure per motivi d'analogia (1). L'argomento è assai logico ma non riguarda che il diritto romano. La nostra legge dispone espressamente che si possono avere sul suolo altrui edifici, piantagioni ed opere (art. 1.°).

417. Il diritto di superficie può essere costituito per donazione, per testamento o per contratto a titolo oneroso. Per qual ragione il diritto di superficie può essere oggetto d'una donazione, mentre l'enfiteusi non può essere costituita a titolo gratuito? Donello non risponde alla questione; i motivi che egli allega si applicano ad entrambi i diritti: ciò che si può vendere, egli dice, può pur formare obbietto di una donazione (2). Per regola generale, non v'ha dubbio. Ma quando il prezzo è nell'essenza del contratto, la donazione propriamente detta diviene impossibile. Così è appunto dell'enfiteusi. La questione si riduce dunque a vedere per qual ragione non è essenziale che il superficiario corrisponda una prestazione. L'origine e la causa dei due istituti sono assai diverse. L'enfiteusi aveva per obbietto, in principio, di procurare coltivatori alle immense proprietà dei grandi dell'Impero, il che suppone una convenzione a titolo oneroso; mentre la superficie si può benissimo comprendere sotto forma di una donazione: essa si avvicina allora al diritto di abitazione.

Del resto sono tutte questioni di pura teorica. Nella pratica non si hanno esempi di diritti di superficie costituiti altrimenti che per locazione, vendita e divisione. Perchè la locazione ingeneri un diritto di superficie, occorre che le parti dichiarino formalmente la loro volontà; questa osservazione è di Donello. Infatti, la locazione ordinaria può essere stipulata alle medesime condizioni, val dire che il conduttore goda di un edificio costruito o da costruirsi, mediante un'annua prestazione. La sola difficoltà, però essenziale, si è che la locazione costituisce un diritto di obbligazione, e perciò mobiliare, mentre il diritto di superficie è reale ed immobiliare. Occorre dunque che le parti dichiarino la loro volontà. Anche la vendita può comprendere o la proprietà dell'edificio od il diritto di superficie; occorre dunque

(1) Heimbach, nel *Rechtslexikon* di Weiske, t. X, p. 697 e seg.
(2) Donelli, *Commentarii*, IX, 16, 19 (t. V, p. 402).

che le parti spieghino in modo preciso quale sia la loro volontà.

Secondo il diritto romano, si faceva differenza tra la locazione e la vendita del diritto di superficie. La vendita produceva una separazione temporanea del suolo e della superficie, ed era valida per quel qualunque termine anche brevissimo per cui era stata consentita. Per la locazione, al contrario, si richiedeva un tempo assai lungo, più lungo dell'ordinaria durata delle locazioni; era questo un mezzo per distinguere i due contratti i quali, in apparenza, hanno tanta analogia (1). La legge belga non conserva questa disparità; essa si limita a dire che il diritto di superficie non può essere costituito per un termine eccedente i cinquant'anni, salva la facoltà di rinnovazione; non v'ha dunque un *minimum* di durata, dal che si deduce che si può bene costituirlo pel termine ordinario delle locazioni. Ragione di più perchè le parti dichiarino nettamente la loro intenzione, affinchè si sappia se la superficie è concessa a titolo di diritto reale o a titolo di diritto d'obbligazione. Vi sarà ancora questa differenza, che siccome il diritto reale di superficie è immobiliare, il titolo costitutivo dovrà essere trascritto, ancorchè non sia consentito che per un termine di nove anni o inferiore; mentre la trascrizione non è richiesta che per le locazioni ultranovennali (2). La vendita si distingue dalla locazione per la natura del prezzo; questo consiste in una somma capitale, mentre invece il conduttore paga una prestazione annua.

É per questo motivo che Donello consiglia di stabilire il diritto di superficie sotto forma di locazione, come abbiamo detto più sopra. S'intende da sè che l'atto di vendita deve essere trascritto; la legge belga non fa distinzione a seconda del diverso modo con cui il diritto di superficie è costituito; ne risulta sempre un diritto reale immobiliare, ed occorre quindi la trascrizione.

Dal perchè il titolo costitutivo del diritto di superficie deve essere trascritto, non bisogna conchiudere che le parti abbiano obbligo di redigere una scrittura. Fu tuttavia giudicato il contrario (3). Ma con ciò si confonde la trascrizione stabilita nell'interesse dei terzi con la validità del contratto fra le parti. Soltanto i contratti o gli atti solenni richiedono per la loro esi stenza la formalità della scrittura. Se il diritto di superficie fosse costituito per donazione o per testamento, è certo che occorrerebbe un atto scritto. Ma è pur certo che non vi è al-

---

(1) DONELLI, *Commentarii*, IX, 16, 11-15 e IX, 16, 7 (t. V, p. 396-398).
(2) Legge del 10 gennaio 1824, art. 3. Legge ipotecaria del 16 dicembre 1851, art. 1.°
(3) Sentenza del tribunale di Turnhout del 14 maggio 1857 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 31).

cuna necessità quando è invece stabilito per locazione o per vendita: questi contratti non sono solenni e non cambiano natura quando hanno per obbietto un diritto di superficie.

418. Il diritto di superficie può essere acquisito per usucapione? In diritto romano, la questione è controversa. Vi è un testo che sembra escludere l'usucapione in termini assoluti, ma esso è pur capace d'una diversa interpretazione, che è, a nostro credere, la vera. Il giureconsulto romano non parla del diritto di superficie; egli esamina la questione se un edificio, una *superficies*, può essere usucapita per la piena proprietà, indipendentemente dal suolo; e naturalmente risponde: *Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest* (1). Altra è la questione di sapere se il *diritto di superficie* può essere usucapito. A rigor di principio, l'affermativa non è dubbia. Il diritto di superficie è capace di vendita, e quindi potrà aquistarsi altresì mediante la prescrizione. Occorrerebbe un testo formale per escludere la prescrizione: il che è decisivo in diritto francese, poichè noi non abbiamo al proposito alcuna disposizione di legge.

CAPITOLO III.

DIRITTI ED OBBLIGHI DEL SUPERFICIARIO.

§ I. — *Diritti.*

N. 1. — Diritto di disposizione.

419. Dice il Donello che il diritto del superficiario rassomiglia pressochè intieramente a quello dell'enfiteuta. Entrambi esercitano i diritti che appartengono al proprietario, l'enfiteuta sul suolo, il superficiario sulla superficie (2). Il contrassegno di questa quasi-proprietà è che il superficiario ha le azioni possessorie e reali. In diritto romano, le azioni possessorie che il concedente accordava al possessore portavano un nome speciale. Noi non conosciamo più questo rigore; una sola disposizione, l'art. 23 del codice di procedura, si applica egualmente a tutti coloro che hanno dei diritti da far valere in virtù del loro possesso: essi possono intentare le azioni possessorie, se

---

(1) L. 26, D. XLI, 3. Heimbach in Weiske, *Rechtslexikon*, t. X, p. 701 e nota 28. In senso contrario, Namur (*Cours d'Institutes*, t. I, p. 259).
(2) Donelli, *Commentarii*, IX, 17, 1 (t. V, p. 403).

si trovano da un anno almeno nel possesso pacifico, a titolo non precario. Ora, il diritto del superficiario è un titolo non precario, nel senso che egli ha un diritto reale sulla cosa, diritto di così grande estensione da essere assimilato alla proprietà. Ecco perchè gli si accordano altresì le azioni reali. Il diritto romano, più esatto del francese, distingueva diligentemente le azioni che appartenevano al vero proprietario, chiamandole dirette, da quelle che poteva intentare il superficiario o l'enfiteuta i quali non avevano che un quasi-dominio: Ulpiano chiama *quasi-reali* le azioni del superficiario. Noi raccomandiamo la espressione a coloro che continuano a rivendicare in vantaggio del superficiario una vera proprietà sulla superficie; il termine di cui si vale il giureconsulto romano è la negazione di questa pretesa proprietà (1).

420. Donello scrive che il superficiario può vendere la *superficie,* che può donarla, o disporne per testamento. La legge belga si esprime diversamente: a termini dell'art. 2, chi ha il *diritto di superficie* può alienarlo. Egli può dunque alienare il suo diritto di superficie, non già l'edificio che a questo titolo possiede. Ci sembra che qui il linguaggio della nostra legge sia più corretto di quello del giureconsulto francese. Egli medesimo stabilisce, con la precisione che lo distingue, che il superficiario non ha la proprietà delle costruzioni; non essendo proprietario, come avrebbe il diritto di alienare? Secondo il rigore del diritto, ciò non si comprende. Il vero proprietario è il padrone del suolo; egli ha il diritto di alienare: ora si può forse concepire che due persone abbiano il diritto di alienare una sola e medesima cosa? No certamente; come non si comprenderebbe una proprietà appartenente per l'intiero a due proprietari. Ciascuno può disporre di ciò che gli appartiene: il proprietario del suolo può alienare la proprietà smembrata per la costituzione del diritto di superficie, ed il superficiario lo smembramento della proprietà che si trova nel suo dominio (2).

Simile ragionamento vale pel diritto d'ipoteca. La superficie, dice Proudhon, è un fondo suscettibile d'ipoteca (3). Le nostre leggi non si esprimono così; quella del 1824 dice che il superficiario può ipotecare il *diritto* di superficie; e la nostra legge ipotecaria è concepita nei medesimi termini (art. 45, n. 2). A rigor di principio non si concepisce neppure che la superficie venga ipotecata. Dal momento che in un contratto un edificio è considerato come distinto e separato dal suolo, diviene cosa mobile (4); l'ipoteca della superficie sarebbe dunque l'ipoteca

(1) Ulpiano, nella L. 1, D., *de superf.* (XLIII, 18). Donelli, *Commentarii,* IX, 17, 3 (t. V, p. 404).

(2) Donelli, *Commentarii,* IX, 17, 6. In senso contrario, Opzomer, *Het burgerlijk wetboek,* t. II, p. 110.

(3) Proudhon e Curasson, *Des droit d'usage,* t. I, p. 391, n. 376.

(4) Vedi il tomo V dei miei *Principii,* n. 425.

sopra una cosa mobiliare. Si vede da ciò quanto importi di conservare una rigorosa precisione nel linguaggio. Di più non deve colui il quale costituisce un'ipoteca, essere proprietario della cosa ipotecata? Ora, il superficiario non ha la proprietà, ma un *quasi-dominio,* e non s'ipoteca una finzione. Si dirà forse che la controversia è di sole parole? Ipotecando il suo diritto di superficie, il superficiario non ipoteca necessariamente gl'immobili sui quali il suo diritto è stabilito? No, con ciò si confonderebbe il diritto di superficie e la superficie. Il diritto di superficie è un diritto reale immobiliare, che a questo titolo può essere ipotecato; quanto agl'immobili superficiari, essi formano un accessorio del suolo, e non possono essere ipotecati separatamente da questo; ora, il suolo appartiene forse al superficiario? (1).

La legge del 1824 s'allontana dal rigore dei principii, permettendo al superficiario di gravare di servitù i beni che formano obbietto del suo diritto, ma soltanto per la durata del suo godimento (art. 2). Noi lo abbiamo già detto: la superficie separata dal suolo è cosa mobile; essa non potrebbe venire considerata come immobile se non mercè una finzione. A vero dire, tutta la teoria dei diritti del superficiario, finchè cadono sulla superficie distinta del suolo, è una finzione. Chi può costituire servitù? Soltanto il proprietario. E chi è proprietario? La proprietà della superficie è controversa; lasciamola dunque da parte. Ma anche supponendo che il superficiario sia proprietario degli edifici, ciò non gli darebbe il diritto di costituire una servitù sui medesimi, poichè le servitù gravano il fondo-ora, è ben certo che il superficiario non ha alcun diritto sufondo. Ciò decide la questione. Anche il Donello ha cura di notare che il concedente accorda delle azioni utili per conservare la costituzione della servitù, la quale, secondo il puro dil ritto, sarebbe nulla (2).

421. Il superficiario trasmette il suo diritto agli eredi. Qualunque trasferimento, qualunque mutazione del diritto di superficie è colpita dal medesimo diritto che colpisce la trasmissione della proprietà (3). Sotto questo rapporto vi è una differenza considerevole tra l'usufrutto e il diritto di superficie, e che si spiega, almeno in parte, pel carattere vitalizio del diritto dell'usufruttuario. Nel fatto tuttavia questa differenza non può esistere. Il diritto di superficie non dura che cinquant'anni, e l'usufrutto può oltrepassare questo termine. Vi è in ciò un'anomalia che sarà necessario di togliere quando si farà la revisione della legge sul registro.

---

(1) OPZOMER, *Het burgerlijk wetboeck,* t. II, p. 111 e 112.
(2) DONELLI, *Commentarii,* IX, 17, 6. (t. V, p. 407).
(3) CHAMPHIONNIÈRE e RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement,* t. IV, p. 550, n. 3469.

N. 2. — Diritto di godimento.

422. Il diritto di superficie riunisce in sè tutti gli attributi della proprietà fondiaria. È in questi termini che Prodhon formula il principio (1); e Donello ci dice la medesima cosa. Ben inteso che questo diritto di quasi-proprietà è limitato alla superficie. Proudhon deduce da ciò questa conseguenza: che il superficiario ha diritto di usare ed abusare della sua superficie, poichè ne può disporre in qualunque modo, e che il diritto di disporre da padrone contiene necessariamente quello di abusare. Ciò è vero, però con una riserva. Se le costruzioni sono state fatte dal superficiario, o se questi ne ha pagato il valore all'atto della costituzione del diritto di superficie, può demolirle mentre dura il suo diritto. Ma non è nell'essenza del contratto che il superficiario paghi il valore delle costruzioni esistenti sul fondo quando entra in godimento. In questo caso egli non può demolirle; al contrario deve conservarle per restituirle al proprietario, e per conseguenza dovrà godere come buon padre di famiglia: non può quindi affatto parlarsi della facoltà d'abusare (art. 5 e 7 della legge del 1824). Quanto agli edifici che ha costruiti o pagati, siccome può demolirli, ne gode naturalmente come vuole, salvo però a subire, quando il suo diritto si estingue, le conseguenze del suo godimento abusivo, nel senso che il proprietario non deve rimborsargli che il valore attuale della sua superficie (art. 6).

La legge non si spiega sulle deteriorazioni che il superficiario commette nel godimento degli edifici che esistevano sul fondo e dei quali non ha pagato il valore; essa dice solamente che il proprietario li riprenderà senza esser tenuto ad alcun indennizzo. Ma da ciò non si deve conchiudere *a contrario* che egli non ha diritto ad alcun compenso in caso di abuso. Tal cosa sarebbe contraria ad ogni principio; ora, la legge conserva il diritto comune, sol perchè non vi deroga, nè vi era d'altronde alcuna ragione di farlo.

423. Dal momento che può abusare, il superficiario ha, a maggior ragione, la facoltà di godere nel modo che crede più opportuno e di far suoi tutti i frutti e tutti gli emolumenti che la cosa produce. Proudhon gli riconosceva il diritto di caccia, perchè egli ha il diritto di esclusività. Ma non bisogna dimenticare che accanto a lui egli ha un proprietario cui appartiene il suolo, sul quale il superficiario non ha alcun diritto. Egli non ha dunque alcun potere nè sul tesoro che si scovrisse nel fondo nè sulle miniere che vi si trovano. Proudhon assimila il superficiario all'usufruttuario, e gli attribuisce in conseguenza il pro-

---

(1) PROUDHON e CURASSON, *Des droit d'usage*, t. 1, p. 392, n. 378.

dotto delle miniere che fossero in esercizio quando nasce il suo diritto. Ma con ciò si confonde, ne sembra, l'uso colla superficie, due diritti affatto distinti tra loro. L'usufruttuario ha un diritto sul fondo, mentre il superficiario non ha che un diritto sulla superficie. Dal momento che non ha alcun diritto sul fondo, a qual titolo egli reclamerebbe le miniere e le cave di pietra? (1).

424. Il godimento del superficiario dà luogo ad una difficoltà. Si supponga che il suo diritto sia stato costituito mediante una locazione; egli paga dunque un'annua prestazione al proprietario come prezzo del suo godimento. Se ne vien privato per un caso fortuito, potrà reclamare un'indennità? Sì, dice Donello, poichè egli è conduttore; egli ha le obbligazioni del conduttore, e deve quindi averne anche i diritti (2). Ciò ne sembra assai dubbio. Anzitutto perchè la questione possa essere discussa, bisogna supporre che si tratti d'un fondo rustico, poichè la remissione non è accordata che all'affittuario. Ma vi è una differenza capitale tra l'affittuario ed il superficiario. Il locatore contrae l'obbligo di far godere l'affittuario, mentre il proprietario del fondo gravato da un diritto di superficie non è a ciò tenuto verso il superficiario. Questa differenza permette forse di ragionare per analogia da un diritto all'altro? Non lo crediamo. Vi sono altre ragioni che sembrano decisive. Il diritto di superficie può essere costituito per locazione o per vendita: ciò nulla muta ai diritti del superficiario. Se è compratore, certamente non potrà reclamare alcuna indennità, poichè qui manca ogni analogia; dal momento che la vendita è perfetta, tutto è consumato, il compratore non ha più alcun diritto contro il venditore, salvo che non sia evitto o turbato. Perchè il superficiario avrebbe in caso di locazione un diritto che non ha in caso di vendita? Il diritto di superficie è il medesimo in entrambe le ipotesi; dunque le conseguenze dobbono essere identiche. Infine la legge sull'enfiteusi ricusa all'enfiteuta qualunque diritto ad una remissione per privazione di godimento; ora, Donello confessa che l'enfiteusi e la superficie si rassomigliano quasi in tutti i punti. Ecco dunque un'analogia che prevale su quella della locazione (3).

§ II. — *Obblighi del superficiario.*

425. La legge non dice che il superficiario deve fare le riparazioni; ed in apparenza non può parlarsi di un'obbligazione

---

(1) Proudhon e Curasson, *Des droits d'usage*, t. I, p. 592, n. 378, e pag. 393, n. 380.
(2) Donelli, *Commentarii*, IX, 17, 8 (t. V, p. 409).
(3) Vedi *retro*, n. 385.

di riparare, allorchè il superficiario ha il diritto di abusare. Infatti, nei casi in cui può demolire, non è certo tenuto a riparare. Ma egli non ha sempre questo diritto. Quando, al momento della costituzione del diritto di superficie, esistono edifici sul fondo, il superficiario dovrà conservarli, e per conseguenza farvi le necessarie riparazioni (n. 422). Bisogna applicare allora per analogia ciò che abbiamo detto dell'enfiteusi (n. 388).

426. La legge belga sottomette l'enfiteuta a tutte le imposte stabilite sul fondo. Pel superficiario non contiene una disposizione analoga. Tuttavia egli è tenuto, senza alcun dubbio, agli oneri annuali che gravano sul fondo. Poco importa che il superficiario non abbia alcun diritto sul fondo; infatti, è regola che le contribuzioni, anche l'imposta fondiaria, colpiscono il godimento del fondo e si pagano sui frutti. È per applicazione di questo principio che l'usufruttuario e l'enfiteuta debbono sopportare gli oneri annuali, e per conseguenza sarà lo stesso del superficiario. L'estensione di quest'obbligo varia secondo i diversi diritti. Siccome la superficie è quasi identica all'enfiteusi, l'analogia richiede che il superficiario sia tenuto piuttosto come l'enfiteuta che come l'usufruttuario. Pel medesimo motivo, bisogna decidere che la ritenuta concessa dalla legislazione francese all'enfiteuta sulla prestazione enfiteutica non può esser fatta dal superficiario, poichè la legge belga non ha conservato questo diritto in favore dell'enfiteuta. In una parola, tutto quanto abbiamo detto circa gli oneri dell'enfiteuta deve essere applicato anche al superficiario (n. 386 390) (1).

CAPITOLO IV.

DIRITTI ED OBBLIGHI DEL PROPRIETARIO.

427. Chi stabilisce un diritto di superficie sul suo fondo ne conserva la proprietà. Si dirà: a che gli serve questo diritto puramente nominale, dal momento che tutti i vantaggi inerenti alla proprietà appartengono al superficiario? Il diritto non è così illusorio quanto si dice; anzitutto il proprietario ha facoltà di alienare il fondo, smembrato, s'intende, dal diritto di superficie. Potendo alienarlo, può altresì frazionarlo, purchè sempre rispetti i diritti del superficiario. Egli può dunque ipotecare il fondo. Si domanda se l'ipoteca colpirà la superficie. È certo che il

(1) PROUDHON e CURASSON, *Des droits d'usage*, t. I, p. 392, n. 379.

proprietario non può ipotecare la superficie separatamente dal fondo; ciò non si potrebbe neppur comprendere, poichè la superficie separata dal fondo è cosa mobile, e queste non sono capaci d'ipoteca. Ma non si comprende neppure che il proprietario ipotechi il fondo senza la superficie, poichè l'uno e l'altra si confondono. Bisogna far sempre la debita riserva pei diritti del superficiario. Costui ha facoltà di demolire le costruzioni che ha fatte o che ha pagate; egli conserva questo diritto senza che il creditore ipotecario possa dolersi della diminuzione del suo diritto, poichè egli non ha ricevuta ipoteca che sopra una proprietà smembrata. Da ciò risulta che il fondo gravato di superficie può essere ipotecato tanto dal proprietario, quanto dal superficiario. Non implica ciò forse una contraddizione? No; lo stesso precisamente accade quando un fondo è gravato d'usufrutto o d'enfiteusi. A vero dire, non è che due persone ipotechino lo stesso fondo per totalità, perchè ciò non si potrebbe neppur concepire: il proprietario ipoteca un fondo smembrato, val dire che il creditore ipotecario non avrà alcun diritto su questo smembramento; nulla dunque impedisce al superficiario d'ipotecare alla sua volta questo frazionamento della proprietà (1).

Il proprietario ha pure le azioni reali; in diritto romano venivano chiamate dirette. È a deplorare che il nostro linguaggio giuridico non abbia conservata questa espressione; essa denota assai bene che il superficiario, quantunque goda di tutto l'emolumento della cosa, non ne ha però la vera proprietà. Ma se le nostre leggi non hanno più il rigore del diritto romano, i principii nondimeno sono i medesimi (2).

428. Il proprietario ha altresì un diritto di godimento. Di regola il diritto di superficie è stabilito sotto forma di locazione. Il proprietario riscuote dunque una prestazione annua la quale non differisce dal prezzo di fitto che per il nome: in diritto romano si diceva *solarium*, in diritto moderno non porta nome speciale, come non ne ha alcuno quella dell'enfiteuta. Egli ha un diritto esclusivo sulle miniere; il superficiario non avendo diritto che alla superficie, nulla può reclamare di ciò che si trova nel suolo. Alla stregua di questa distinzione va risoluta la disputa relativa al tesoro, disputa che si solleva in ogni occasione, come se il mondo fosse pieno di tesori. Se il tesoro si trova nella superficie, il superficiario può reclamare la parte attribuita alla proprietà; poichè bisogna applicare al superficiario ciò che la legge belga dice dell'enfiteuta, cioè che egli esercita tutti i diritti inerenti alla proprietà della superficie (n. 377). Ma se il tesoro è scoperto nel fondo, appartiene al proprietario. Ciò non presenta alcun dubbio.

---

(1) Confronta Opzomer, *Het burgerlijk welboeck*, t. II, p. 112.
(2) Donelli, *Commentarii*, IX, 17, 10 (t. V, p. 400).

429. La legge serba il silenzio sugli obblighi e gli oneri del proprietario. Se ne dedurrà che egli non ne abbia alcuno? Quando il diritto di superficie è stabilito a titolo oneroso, e nel fatto è sempre così, il proprietario deve garanzia al superficiario contro le turbative e le evizioni. È questo il diritto comune che deve essere applicato alla superficie, come abbiamo fatto per l'enfiteusi. Vi sono altresì taluni oneri cui, nonostante il silenzio della legge, è tenuto l'enfiteuta, ed a cui dovrà pure esser sottoposto, per identità di motivi, il superficiario. Qui si deve applicare quanto abbiamo detto trattando dell'enfiteusi (n. 394 e 395).

CAPITOLO V.

ESTINZIONE DEL DIRITTO DI SUPERFICIE.

430. Il diritto di superficie è un diritto temporaneo. A sensi dell'art. 4 della legge belga, non può essere costituito per un termine eccedente i cinquant'anni. Esso si estingue dunque, al pari dell'usufrutto (art. 617), colla decorrenza del tempo pel quale è stato concesso (1). Siccome il più delle volte vien stabilito con atto di locazione, si presenta la questione di conoscere se, spirata la locazione, vi sia luogo alla tacita riconduzione. La legge prevede la difficoltà per la locazione enfiteutica; essa decide che l'enfiteusi non si rinnova tacitamente, ma continua ad esistere sino a che non sia revocata. La grande analogia che esiste fra il diritto di superficie e l'enfiteusi, consente, ne sembra, che si applichi questa disposizione alla locazione superficiaria. La tacita riconduzione non è nello spirito della legge quando la durata del contratto oltrepassa e di molto la vita media dell'uomo; il testo medesimo la respinge. Infatti, l'art. 2 della legge del 1824, dopo aver detto che il diritto non può sorpassare i cinquant'anni, soggiunge: « salvo la facoltà di rinnovarlo ». Bisogna dunque che sia rinnovato se tale è la volontà delle parti, il che implica che esse debbono fare una nuova convenzione, simile alla prima, vale a dire espressa. Quanto alla proroga della locazione sino a rivocazione, è di diritto, nel senso che bisogna ben applicare al godimento di fatto che si continua una regola qualunque, e questa regola è naturalmente quella della locazione primitiva.

---

(1) DONELLI, *Commentarii*, IX, 18, 3.

431. A termini della legge belga (art. 19, n. 2), il diritto di superficie si estingue con la distruzione del fondo. Intende la legge per *fondo* la *superficie* o il *suolo* su cui esistono gli edifici? Siccome il superficiario non ha alcun diritto sul fondo, è più naturale di applicare la legge alla cosa sulla quale il diritto si esercita, val dire alle costruzioni. È questa la dottrina di Donello; egli la espone colla meravigliosa precisione che lo distingue (1). Udremo lui prima di prestare orecchio alle obbiezioni. Il superficiario non ha che un diritto sulla superficie; bisogna dunque applicare *a fortiori* ciò che il codice, d'accordo col diritto romano, dice dell'usufrutto: « Se è costituito sopra un edificio, e questo venga distrutto da un incendio o per altro accidente, ovvero crolli per vetustà, l'usufruttuario non avrà il diritto di godere nè del suolo nè dei materiali ». Ciò è ben più vero del diritto di superficie che dell'usufrutto, poichè l'usufruttuario ha un diritto sul suolo, mentre il superficiario non ve n'ha alcuno. Se adunque la superficie perisce, verrà meno anche il diritto del superficiario.

Segue da ciò che il diritto di superficie non rivive ancorchè il proprietario ricostruisse l'edificio nel modo istesso che l'usufrutto rimane estinto quantunque l'edificio venga ricostruito. A qual titolo il superficiario reclamerebbe il godimento del nuovo edificio? In virtù del suo diritto sul suolo? Egli non ne ha alcuno. In virtù del suo diritto sulla superficie? Questa superficie non esiste più. Donello va più in là. Egli suppone che il superficiario abbia costrutto il primo edificio e che voglia nuovamente ricostruire: e tuttavia gli niega qualunque diritto di godimento sulla nuova superficie. In che consiste il suo diritto? Nel fabbricare sul fondo. Egli lo ha fatto, quindi il suo godimento è consumato, e se l'edificio perisce, verrà meno anche il suo diritto. Non si obbietti che il superficiario ha locato il suolo, e che questo rimane anche dopo la distruzione degli edifici. Donello risponde che il superficiario non affitta il fondo come tale, ma allo scopo di costruire sovra il medesimo, e quindi in contemplazione della superficie; siccome questa è distrutta, il suo diritto non ha più ragione d'essere.

Donello aveva contro di sè l'opinione dei glossatori. I giureconsulti moderni hanno abbracciata la teorica di Bartolo. Noi crediamo che occorra distinguere. Se il diritto di superficie è costituito su edifici già esistenti, vien meno al perire di questi senza che possa rivivere. Su questo punto, nulla v'è da rispondere a Donello. Ma se il diritto è stabilito su edifici da costruirsi, crediamo che la distruzione di questi non estingua il diritto del superficiario. Le ragioni che Donello allega sono

(1) DONELLI, *Commentarii*, IX. 18, 4-8 (t. V, p. 412 e seg.).

troppo sottili. Egli dice che la convenzione non conferisce al superficiario il diritto indefinito di costruire, poichè si tratterebbe di una stipulazione sopra una cosa incerta e quindi nulla per sè stessa. Ciò è certamente vero secondo la sottigliezza del diritto, ma non già nella realtà delle cose; può affermarsi forse che una convenzione sia incerta quando io stipulo il diritto di costruire sopra un fondo determinato, nel senso che se il primo edificio crolla, avrò facoltà di elevarne un secondo, un terzo? La convenzione non è incerta per la prima costruzione; perchè lo sarebbe per la seconda o la terza? Donello tuttavia insiste e dice che la proprietà diverrà, in questo caso, un diritto illusorio, poichè il superficiario ed i suoi aventi causa potrebbero ricostruire sino alla fine dei secoli. L'obbiezione sarebbe seria e decisiva se il diritto del superficiario fosse perpetuo; essa cade dinanzi alla disposizione della nostra legge che limita la durata del diritto a cinquant'anni. Vi è un'altra considerazione in favore del superficiario, che ci sembra affatto perentoria. Chi stipula il diritto di avere degli edifici sul suolo altrui per cinquant'anni, intende certamente di godere del suo diritto durante questo termine; di che godrà egli se l'edificio è distrutto al primo anno della locazione? Dichiarare il suo diritto estinto, allorchè potrebbe ancora godere ricostruendo, è violare l'intenzione delle parti contraenti; ora, la prima regola d'interpretazione, quella che prevale su tutte le sottigliezze del diritto, è che la volontà delle parti forma legge fra queste: bisogna quindi anzitutto consultare la loro intenzione (1).

432. Vi sono cause d'estinzione che esistono di pieno diritto e di cui basterà appena far menzione. L'art. 9 della legge belga dice che il diritto di superficie si estingue, fra gli altri modi, con la confusione. È questa l'applicazione d'un principio elementare in materia di diritti reali; noi rimandiamo senz'altro alle spiegazioni da noi fornite in materia d'usufrutto e di servitù (2). Il diritto di superficie cessa ancora se fu costituito da un proprietario che aveva una proprietà annullabile, risolvibile o rescindibile, nel caso in cui si verifichi l'annullamento, la risoluzione o la rivocazione perchè nessuno può concedere a terzi diritti maggiori di quelli che egli stesso possegga. Abbiamo già esposti altrove i principii che regolano questa materia (3). Anche il diritto di superficie può essere costituito sotto condizione risolutiva, ovvero può trovarsi affetto d'un vizio che renda annullabile l'atto che lo costituisce. Troverà sempre, in questi casi, applicazione il diritto comune.

Il diritto del superficiario può ancora estinguersi se egli non

---

(1) Confronta GESTERDING, *Die Lehre vom Eigenthum*, p. 452; HEIMBACH, in WEISKE, *Rechtslexicon*, t. X, p. 706 e nota 58.

(2) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 57, 58 e *retro*, n. 299-303

(3) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 104-113.

adempia alle obbligazioni che il contratto gli impone. Sorge in questa ipotesi la condizione risolutiva tacita. Se il superficiario cessa di corrispondere la dovuta prestazione, il proprietario può domandare la risoluzione del contratto. Si applicano allora i principii che noi esporremo al titolo delle *Obbligazioni* sulla condizione risolutiva sottintesa. Le parti possono altresì convenire che il diritto sarà risoluto se il superficiario non paga il prezzo stipulato. È quel che si chiama patto commissorio; noi ne tratteremo dove è la sede della materia. Potrebbe del pari farsi luogo a decadenza qualora il superficiario commettesse abusi di godimento. Ciò suppone naturalmente che gli edifici non siano stati costruiti nè pagati dal superficiario; poichè allora egli ha il diritto di abusare; se gli edifici furono innalzati dal proprietario e se il superficiario non li ha pagati, questi deve godere da buon padre di famiglia, il che lo espone ad un'azione di decadenza quando non adempia a questa obbligazione. Si applicherà qui per analogia ciò che la legge belga dice dell'enfiteuta. La legge si mostra indulgente per lo enfiteuta; il superficiario può invocare la medesima benevolenza, essendo i due contratti pressochè identici.

433. Secondo la legge belga (art. 9), il diritto di superficie si estingue ancora con la prescrizione trentennale. In che consiste questa prescrizione? E' forse il non uso del diritto? ovvero la prescrizione acquisitiva, sia a vantaggio del proprietario, sia a favore di un terzo? Secondo i principii, la questione non sarebbe dubbia. Il diritto di superficie non è una servitù poichè il superficiario ha un quasi-dominio; è dunque logico che gli si applichino piuttosto i principii che governano la proprietà anzichè quelli relativi alle servitù: ora, la proprietà non si perde pel non uso e lo stesso deve accadere per ciò che riguarda i suoi smembramenti, che le leggi e la dottrina assimilano al diritto di proprietà. Noi abbiamo applicati questi principii all'enfiteusi. Vi è tuttavia una non lieve ragione di dubbio, e sta nella redazione della legge belga; questa dice che il diritto di superficie si estingue con la prescrizione di trent'anni. È forse questa la prescrizione estintiva? Si potrebbe crederlo, trattandosi dell'estinzione di un diritto. Ma se si interpreta la legge in questo senso, la si mette in contraddizione coi principii che essa medesima ha consacrato circa la cessazione dei diritti dell'enfiteuta e del superficiario. Questi principii furono applicati dalla Corte di cassazione di Francia in materia di superficie (1). Bisogna dunque vedere se non vi sia mezzo di conciliare il testo delle leggi del 1824 con i veri principii. Tra la legge belga e le disposizioni del codice civile che trattano dell'estinzione delle servitù mediante la prescri-

---

(1) Besançon, 12 dicembre 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 1) e sentenza di rigetto del 5 novembre 1866 (DALLOZ, 1857, 1 32).

zione vi è una differenza di redazione. L'art. 17 prescrive che l'usufrutto si estingue col *non uso del diritto durato trent'anni;* e l'art. 706 si esprime nei termini identici parlando delle servitù. Così il legislatore francese non si serve della parola prescrizione. Il legislatore olandese ha conservato il linguaggio del codice Napoleone (art. 754) parlando delle servitù, e trattando dell'estinzione dell'usufrutto, definisce la parola prescrizione di cui si vale, aggiungendo: se l'usufruttuario non ha usato del suo diritto durante trent'anni (art. 854), mentre quando si occupa dei diritti di superficie e d'enfiteusi, adopera l'espressione generale di prescrizione trentennaria (art. 765, e art. 9 della legge del 1824). Si può dunque affermare che la prescrizione non è il non uso, ma la prescrizione di diritto comune, il che consente di rispettare i principii generali.

Osservazione generale.

434. I contratti di superficie, dianzi frequentissimi, sono oramai divenuti assai rari. Quantunque vi sia una legge belga sulla materia, non abbiamo trovata una sola sentenza nelle raccolte di giurisprudenza. In Francia si presentò qualche caso in cui la proprietà è divisa; ne abbiamo offerti taluni esempi (1). Altri ne cita Proudhon. Il proprietario d'un fondo accorda al superficiario il diritto di tagliarvi le legna che vorrà, riservando per sè il diritto di pascolo. Avvengono assai di frequente, dice Proudhon, nei paesi di montagna, combinazioni di questa natura; in talune specie accade che, dovendosi provvedere ad una divisione fra coeredi, senza procedersi dalla partizione del suolo, si attribuisca esclusivamente ad uno dei fratelli il diritto di tagliare in perpetuo a suo arbitrio la legna sul dosso di un monte, ed all'altro quello di farvi pascolare i suoi bestiami in ogni tempo dell'anno. In altri casi, vien ceduta all'uno la superficie, all'altro invece è rilasciato il suolo (2). Ecco un esempio attinto alla giurisprudenza francese: l'atto data dal 1660. Un Comune vende un bosco, adempiendo le formalità prescritte dalle leggi dell'epoca; esso si riserva espressamente tanto la proprietà del fondo quanto il diritto di pascolo, alienando soltanto quello di tagliare in perpetuo le legna degli alberi esistenti o di quelli che sorgeranno nell'avvenire. La Corte di Besançon decise che ciò costituisse un diritto di superficie (3).

Non è però questo il vero diritto di superficie quale lo comprendeva il diritto romano e come lo consacra la nostra legge.

---

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii,* n. 85 e seg.
(2) PROUDHON e CURASSON, *Des droit d'usage,* t. I, p. 386 e seg., n. 369.
(3) Besançon, 12 dicembre 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 1).

Ma ciò non impedisce che questi contratti di vendita o di divisione siano perfettamente validi. Soltanto si può domandare quali regole troveranno applicazione. Bisognerà procedere per analogia, ricorrendo ai principii che governano i diritti di superficie e d'enfiteusi; ciò però, s'intende, quando l'atto tace in proposito, poichè anzi tutto si debbono consultare le stipulazioni delle parti contraenti. Questa regola d'interpretazione è in armonia colle nostre leggi. Quella del 1824 sul diritto di uperficie permette alle parti di derogare alle disposizioni che essa stabilisce. Tuttavia essa sancisce un'eccezione: la durata del contratto non può mai eccedere i cinquant'anni. Nói abbiamo veduto, che in materia d'enfiteusi il termine è invece di novantanove. Questo punto è importante. I contratti superficiarii, di cui troviamo esempi negli autori e nella giurisprudenza, sono tutti stipulati in perpetuo. Le nostre leggi moderne non ammettono più contratti perpetui che alienino il godimento totale o parziale della cosa. Quale sarebbe dunque il valore dei contratti conchiusi in perpetuo? Rimandiamo lo studioso a quanto scrivemmo più addietro in occasione dell'enfiteusi.

LIBRO III.

DEI DIVERSI MODI DI ACQUISTARE LA PROPRIETÀ

Disposizioni generali.

435. Di solito s'incomincia la spiegazione del libro III con una critica della classificazione di cui si valsero gli autori del codice civile. È certo che questa presenta qualche difetto. Noi tuttavia la seguiremo, anzitutto per rispetto alla legge, ed anche perchè non diamo troppo grande importanza a queste critiche. Il codice non è un manuale. Altra è la missione del legislatore, altra quella dell'insegnamento. Ciò non vuol dire, senza dubbio, che il legislatore non abbia a seguire un ordine razionale nelle sue disposizioni. Ma quando esaminiamo la pretesa classificazione razionale che uno dei nostri migliori autori lo Zachariae ha sostituito a quella della legge dobbiamo riconciliarci coi difetti che si rimproverano al codice Napoleone; noi preferiamo le mille volte il disordine del codice all'ordine del giureconsulto alemanno. Del resto poco importa in un'opera come la nostra, l'ordine della trattazione. Se scrivessimo un manuale destinato all'insegnamento, la classificazione avrebbe maggiore importanza. É utile ancora di non rovesciare l'ordine legale, per abituare gli studiosi del diritto ad impratichirsi del codice, anzichè limitarsi allo studio del loro manuale o dei loro quaderni. Ciò è più che sufficiente a nostra giustificazione.

436. A termini dell'art. 711, « la proprietà dei beni si acquista e si trasmette per successione, per donazione tra vivi o per testamento, e per effetto di convenzioni ». L'art. 712 soggiunge che la proprietà si acquista anche per accessione od incorporazione, ed in forza della prescrizione ». È inutile entrare qui nelle spiegazioni sui diversi modi d'acquisto e di trasferimento della proprietà che la legge enumera negli articoli 711 e 712, poichè formano oggetto di titoli particolari. Pel momento basta constatare che l'enumerazione è completa. Non vi figura la *legge*, e tuttavia vi sono casi in cui la proprietà è acquistata in virtù della legge, senza che v'intervenga la volontà

dell'uomo: tale è l'usufrutto che si dice legale, per indicare che ha il suo principio nella legge; tale è l'attribuzione fatta dall'art. 563 dell'antico letto di un fiume che abbandona il suo corso ai proprietari sopra i fondi dei quali il fiume si è scavato il nuovo letto. Si è pur fatto cenno di un'altra lacuna (1). Il codice non menziona la *tradizione*, che evea così gran parte nell'antico diritto. Toullier stabilisce come principio che la proprietà dei mobili si trasmette con la tradizione. Formulato così, il preteso principio è un errore, come dimostreremo al titolo delle *Obbligazioni*. Demolombe dice che nelle obbligazioni di genere la proprietà non potrebbe essere trasmessa che con la tradizione, essendo questa necessaria per determinare l'obbietto di cui si opera la trasmissione (2). Neppur questo è esatto, come diremo altrove. Noi crediamo che gli autori si sarebbero risparmiati molti errori se avessero stabiliti i principii ove è la sede della materia. Rimandiamo dunque tutte siffatte questioni ai diversi titoli ove si parla della trasmissione dei mobili.

437. Pothier pone l'*occupazione* in prima linea fra i modi di acquistare la proprietà. Egli la definisce come segue: « Il titolo col quale si acquista la proprietà di una cosa che non appartiene ad alcuno, impadronendosene nel disegno di acquistarla (3) ». A sentire uno degli autori del codice Napoleone, l'occupazione non esisterebbe più in diritto francese. Esponendo i motivi del titolo della *Proprietà*, Treilhard dice (4): « Voi avete eretto in legge la massima che i beni senza padrone appartengono alla nazione; conseguenza necessaria dell'abolizione del diritto del primo occupante, diritto inammissibile in una società costituita ». Infatti, il testo sembra escludere il diritto di occupazione. Pothier dice che esso si esercita sulle cose che non appartengono ad alcuno. Ora noi leggiamo nell'articolo 539 che « *Tutti* i beni *vacanti e senza padrone*, quelli delle persone che muoiono senza eredi o le cui eredità sono abbandonate, appartengono allo Stato ». E l'articolo 713 ripete che: « I beni che non hanno padrone appartengono allo Stato ». Che cosa rimarrebbe adunque pel primo occupante? Per di più il codice non pronuncia affatto questa parola. È certo che non vi è caso in cui un immobile possa essere acquistato con l'occupazione. Nelle ipotesi prevedute dagli articoli 539 e 713, lo Stato è proprietario; il che già ci pone all'infuori della occupazione, la quale suppone che le cose che si apprendono non appartengano a nessuno.

---

(1) DEMOLOMBE, t. XIII, p. 17, n. 15. MARCADÉ, t. III, p. 2, art. 712, n. 1.
(2) TOULLIER, t. II, 2, pag. 34, n. 61 (edizione di DUVERGIER). DEMOLOMBE t. XIII, p. 19, n. 16.
(2) POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, n. 20.
(4) TREILHARD, Relazione, n. 19 (LOCRÉ, t. IV, p. 31).

Si dirà che se questi articoli escludono l'occupazione degl'immobili, escludono egualmente quella dei mobili, poichè sono concepiti in termini generalissimi: *tutti i beni*, si dice, dunque tanto i mobili quanto gli immobili hanno un padrone; e perciò non può trattarsi di acquistarli per diritto di occupazione.

Non ostante questi argomenti che sembrano decisivi, è certo che il diritto d'occupazione esiste ancora in diritto francese. Anzitutto i lavori preparatorii provano che il legislatore non ha menomamente inteso di abolirlo. Il progetto primitivo elaborato dalla commissione la aveva affatto respinto. In quello si diceva: « la legge civile non riconosce il diritto di semplice occupazione. I beni che non hanno avuto mai padrone e quelli vacanti perchè abbandonati dai loro proprietari, appartengono alla nazione; nessuno può acquistarli se non mediante un possesso sufficiente per condurre alla prescrizione ». Questa disposizione fu vivamente censurata dal tribunale d'appello di Parigi: « Non approviamo che si dica, in modo così rigido e così generico, che la legge civile non riconosce il diritto di semplice occupazione e che i beni i quali non ebbero mai proprietario appartengano alla nazione. Vi sono cose che non sono in potere di alcuno e che i giureconsulti chiamano *rescomunes*, *res nullius*: s'intende forse sottrarre ai privati la facoltà di acquistare tutte queste cose per darle esclusivamente alla nazione? Forse che un privato il quale va ad attingere acqua al fiume non acquista il dominio dell'acqua che vi ha attinta? Le pietre, le conchiglie che si raccolgono sul lido del mare non appartengono a chi se ne impadronisce? (1) ». Si fece diritto a questa critica sopprimendo la disposizione che aboliva il diritto di occupazione. Nel fatto, il codice senza pronunciare la parola, consacra però il diritto di occupazione nelle sue applicazioni (articoli 714-717). Resta tuttavia qualcosa che sembra assai singolare: perchè la legge non annovera l'occupazione fra i modi d'acquistare la proprietà? L'oratore del Tribunato risponde alla nostra questione: « Quanto alle cose mobili, quantunque per loro natura siano, anche nell'ordine sociale, suscettibili di occupazione e di detenzione continua, la società ha dovuto regolare anche il modo con cui si acquistano. È perciò che l'*occupazione semplicemente e propriamente* detta non è menzionata neppure riguardo ad esse. Lo stato sociale non permette che la caccia, la pesca, i tesori, gli effetti rigettati dal mare, le cose perdute siano, come nello stato di natura, del primo occupante. L'uso delle facoltà naturali, i favori del caso e il vantaggio della priorità non debbono trovarsi in contraddizione con una proprietà preesistente e meglio fondata in diritto (2) ».

(1) Fenet, *Lavori preparatorii*, t. II, p. 124 e 212. Confronta Toullier, II, 2, p. 3, n. 5.
(2) Siméon, Relazione, n. 4 (Locré, t. V, p. 130).

E' facile vedere che questa discussione si fonda sopra una specie di malinteso. I distinti giureconsulti che compilarono il progetto di codice civile sapevano certamente quello che tutti sanno, che cioè, si acquista per occupazione la selvaggina che si uccide ed i pesci che si pescano. Inoltre non negavano essi che il diritto di semplice occupazione, vale a dire il fatto materiale dell'apprensione non regolato dalla legge, come accadeva in quello che Siméon chiama lo stato di natura. Per escludere questa occupazione brutale, il codice attribuisce *tutti* i beni senza padrone allo Stato. Ma lo Stato permette che taluni di questi beni divengano proprietà del primo occupante, sotto le condizioni determinate dalla legge. Zachariae ha dunque ragione d'insegnare, checchè ne dica Demolombe, che la selvaggina appartiene allo Stato prima di divenire proprietà del cacciatore (1). E' una teorica singolare, ma è quella della legge. Per questa ragione noi abbiamo insistito sopra un punto di dottrina che non sembra meritare lunghi sviluppi; a nostro avviso è sempre prezzo dell'opera il chiarire e precisare le idee.

---

(1) ZACHARIAE, edizione di AUBRY e RAU, t. I, p. 353 e 419. DEMOLOMBE, t. XIII, p. 22, n. 18.

TITOLO I.

Dell'occupazione.

438. Il codice civile riconosce tre specie di occupazione: la caccia (art. 715), la pesca (art. 716) e l'invenzione (articoli 716 e 717). Ve se ne aggiunge una quarta, l'occupazione per bottino di guerra (1). Noi lasciamo da parte quest'ultimo modo; anzitutto perchè il codice non ne parla, poi perchè ne repugna di trattare, a titolo di diritto, d'un mezzo di acquisto della proprietà che sarebbe meglio collocato nel codice delle bestie selvagge. Noi non possiamo ammettere il diritto di conquista (2). Chi dice conquista dice forza brutale; ora, tra forza e diritto vi è ripulsione. Pel medesimo motivo ripudiamo il diritto di bottino, più brutale ancora. La conquista, almeno, è sanzionata dal trattato cui il vinto consente; mentre il bottino è la violenza in tutta la sua efferatezza.

CAPITOLO I.

DELLA CACCIA.

439. A termini dell'art. 715, la facoltà di caccia è regolata da leggi particolari. L'ultima legge che sia stata emanata in Francia è quella del 3 maggio 1844, e nel Belgio, quella del 26 febbraio 1846. Rinviando alle leggi speciali sulla materia, il codice denota sufficientemente che questa legislazione è estranea al diritto civile. Ci si potrebbe opporre che la caccia è un attributo della proprietà. Infatti, le leggi che abbiamo citate stabiliscono il principio che nessuno ha facoltà di cacciare sulla proprietà altrui senza il consenso del proprietario. Ma bisogna soggiungere che l'esercizio di questo diritto è subordinato a condizioni e tocca interessi che nulla hanno di comune col diritto privato: sono in causa tanto l'agricoltura quanto l'ordine pubblico. La materia concerne adunque il diritto di polizia,

---

(1) Vedi DURANTON, che ne tratta assai lungamente, t. IV, p. 285, nn. 335-343.
(2) Vedi i miei *Studii sulla storia dell'umanità*.

prendendo questa parola nel suo più ampio significato, vale a dire il diritto amministrativo. Quanto al diritto privato, esso non tratta della caccia che dal punto di vista dell'acquisto della selvaggina per via di occupazione. In qual modo il cacciatore diviene proprietario dell'animale che uccide? Le leggi speciali sulla caccia non si occupano di siffatta questione, che appartiene al diritto civile.

440. Che s'intende per selvaggina? Pothier risponde che sono tali gli animali selvaggi, sia quadrupedi, sia volatili, finchè si trovano *in laxitate naturali,* vale a dire viventi nel loro stato di libertà naturale. Ciò risulta dalla nozione stessa dell'occupazione, la quale suppone beni non appartenenti ad alcuno. Così è appunto degli animali selvaggi; non si può dire che appartengono al proprietario del fondo sul quale si trovano, poichè egli non li possiede; non appartenendo ad alcuno, divengono proprietà del cacciatore che se ne impadronisce. Segue da ciò che il diritto di caccia non si estende agli animali che, quantunque di natura selvaggia, vivono in una specie di domesticità. Tali sono i piccioni delle colombaie; la legge li dichiara immobili e perciò ne attribuisce la proprietà al padrone del fondo sul quale hanno abitudine di stare. Quindi la caccia non può applicarsi ai colombi (1). Tuttavia bisogna notare che i regolamenti locali stabiliscono un'epoca durante la quale questi animali debbono esser chiusi nelle colombaie; qualora si contravvenga a questi regolamenti, chiunque ha diritto di uccidere i colombi che trova sul suo terreno. Ed anche quando non vi fosse alcun regolamento, i colombi possono essere uccisi se cagionano danno alle seminagioni ed ai raccolti (2).

Vi sono ancora animali non interamente selvatici, come le api. Il proprietario del fondo sul quale viene a raccoglierai uno sciame di api ha diritto d'impadronirsene, se l'originario padrone non lo abbia inseguito; le api cessano allora di essere una pertinenza del fondo sul quale si trovarono fino a quel punto, riacquistano la loro natura selvaggia e la loro libertà naturale, e, per conseguenza, possono formare obbietto del diritto di occupazione (3).

441. In qual momento la selvaggina diviene proprietà del cacciatore? la questione è controversa. Non vi è alcuna disposizione di legge: bisogna quindi far ricorso ai principii che regolano l'occupazione. Il cacciatore acquista la proprietà della selvaggina *di cui s'impadronisce:* è questa la definizione di Pothier. Ma quando si può dire che se ne *impadronisce?* Egli

(1) POTHIER, *Du domaine de propriété,* n. 24. TOULLIER, t. II, 2, p. 4, n. 6.
(2) Legge del 4 agosto — 11 settembre 1789. Legge dei 28 settembre — 6 ottobre 1791, tit. II, art. 12, e la autorità citate da AUBRY e RAU, t. II, p. 235, nota 2.
(3) Legge dei 28 settembre — 6 ottobre 1791, t. I, sez. III, art. 5.

fa scovare la selvaggina e la insegue; mentre i suoi cani la perseguitano, sopravviene un altro cacciatore che uccide l'animale: potrà il primo reclamarla? Barbeyrac risponde che il fatto dell'inseguimento, finchè dura, basta ad attribuire a chi persegue la selvaggina, la qualità di primo occupante, nel senso che non è permesso ad un altro d'impadronirsene durante questo tempo. Pothier dice che questa opinione è seguìta dall'uso, e soggiunge essere la medesima più civile di quella dei giureconsulti romani, i quali richiedono che la selvaggina sia giunta in potere del cacciatore. Pothier nota che l'uso dei cacciatori è conforme ad un articolo dell'antica legge Salica (1). Vi è una sentenza di un giudice di pace in questo senso (2). Il magistrato invoca gli usi di caccia, legge di equità che non ha bisogno di essere scritta per venire osservata; ora è uso costante e generale di considerare *in qualche modo* come proprietà del cacciatore la selvaggina che egli ha scovata, finchè questa corre ed i suoi cani non ne abbandonano le orme. È vero che, nel silenzio della legge, il giudice è un ministro di equità; gli stessi autori del codice hanno sanzionato questa massima (3). Ma bisogna anzitutto che i giudici consultino i principii di diritto così come la tradizione li ha stabiliti. L'occupazione è una materia affatto tradizionale; la definizione che ne porge Pothier implica che l'occupazione non esiste se non quando colui che l'invoca si è impadronito della cosa: ora, si può dire che il cacciatore si sia impossessato della selvaggina che ha scovata e che insegue? È ancora incerto se la raggiungerà, incerto se la ferirà, incerto se, quantunque ferito, l'animale non riuscirà a fuggire; è questa un'occupazione? No, certamente. Di più, Pothier non approva interamente l'opinione di Barbeyrac; egli la trova più civile, ma non dice che sia più giuridica. Noi andiamo ancora più in là: se il legislatore fosse chiamato a decidere la difficoltà, crediamo che dovrebbe farlo in questo senso, poichè egli deve tener conto delle costumanze e dell'equità, ed anche in tesi di diritto si può dire che il fatto di scovare la selvaggina e d'inseguirla è il primo elemento dell'occupazione. Senza dubbio l'occupazione può non essere consumata, ma in ogni modo un terzo non ha diritto d'intervenire per impedirla uccidendo la selvaggina, allorchè vi è un principio di occupazione per opera di un altro cacciatore. Ma per fare tutte queste distinzioni occorrerebbe una legge; nel silenzio di questa, l'interprete deve attenersi ai principii tradizionali; ora, questi

---

(1) Titolo XXXV, art. 5: « Si quis aprum lassum quem alieni canes moverunt, occiderit et paraverit, D C denarios culpabilis judicatur ». POTHIER, *De la propriété*, n. 26.

(2) Tribunale di pace di Schirmeck (Vosgi), del 10 ottobre 1859 (DALLOZ, 1860, 3, 80). In senso contrario, sentenza di rigetto del 29 aprile 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 449).

(3) Vedi il tomo I dei miei *Principii*, n. 256 e segg.

principii ci dicono che la selvaggina non diviene proprietà del cacciatore se non quando è in suo potere.

442. Se ne trarrà la conseguenza che per invocare il diritto d'occupazione, il cacciatore dovrà aver posto la mano sovra l'animale inseguito? Pothier risponde che perchè possa presumersi che il cacciatore si sia impadronito dell'animale e ne abbia acquistato il dominio, non è precisamente necessario che vi abbia posto le mani sopra; basta che, in qualunque modo, l'animale sia stato in suo potere, in guisa che gli sia stato precluso ogni mezzo di fuga. Il principio è sicuro, ma l'applicazione fa sorgere una nuova difficoltà. Io ferisco l'animale; è esso forse in mio potere? e se, mentre inseguo l'animale ferito, un altro se ne impadronisce, avrò azione contro di lui? La questione era già controversa in diritto romano. Cuiacio la risolveva negativamente; l'animale ferito non è in potere del cacciatore, egli dice, poichè può avvenire che sfugga; non vi è dunque occupazione. Pufendorf distingue: se la ferita fosse considerevole in guisa da rendere verosimile che il cacciatore avrebbe raggiunto l'animale, non è permesso ad un altro d'impadronirsene, mentre il cacciatore che lo ha ferito lo insegue; se la ferita è leggiera, l'animale rimane al primo occupante (1). La giurisprudenza ha consacrata questa distinzione, che scaturisce dalla nozione stessa dell'occupazione.

Fu giudicato che se la ferita è lieve e non impedisce all'animale ferito di fuggire, il cacciatore non ha sopra di esso alcun diritto; donde segue che se l'animale si rifugia sopra una proprietà dove esista diritto di caccia, il padrone di questo terreno potrebbe legittimamente ucciderlo. La decisione è giuridica, quantunque poco conforme agli usi di caccia; la cortesia presiede alle usanze dei cacciatori, ma l'equità non può ascoltarsi quando si trova in opposizione col diritto; e, nella specie, il rigore del diritto non lascia alcun dubbio: fino a quando l'animale può fuggire, non vi è occupazione. Il solo legislatore potrebbe e dovrebbe intervenire per vietare ad un terzo d'impadronirsi dell'animale ferito, ancorchè lo uccidesse sovra un terreno di sua proprietà. Nel silenzio della legge, deve prevalere il diritto stretto. Ma quando l'animale è stato ferito mortalmente, esso è in realtà in potere del cacciatore perchè non ha più mezzo di scampo: costui è dunque sicuro di mettervi sopra la mano, come si esprime Pothier. È stato deciso in questo senso che un lupo mortalmente ferito è divenuto proprietà del cacciatore che continua ad inseguirlo, che per conseguenza il cacciatore il quale fortuitamente sopravvenga e finisca d'uccidere l'animale deve farne la restituzione (2).

---

(1) POTHIER, *De la propriété*, n. 28. PUFENDORF, *Le droit naturel et des gens*, lib. IV, cap. VI, n. 10.

(2) Sentenza di rigetto del 29 aprile 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 449).

443. Rimane un'ultima difficoltà. Il cacciatore insegue la selvaggina che ha fatta scovare, e che ha ferita sopra una proprietà nella quale non avrebbe diritto di cacciare: se egli se ne impadronisce, ne acquisterà la proprietà? ovvero l'animale apparterrà al padrone del terreno se questi se ne impadronisce? Si suppone naturalmente che l'occupazione non sia ancor consumata secondo i principî che abbiamo esposti. Cuiacio decide che il cacciatore non ne diviene proprietario; egli si fonda sopra una legge romana che ci sembra però abbia assai male interpretata (1). Non ci addentreremo in questa discussione, per non complicare una controversia di diritto francese con una controversia di diritto romano. Vinnio ha ristabilito i veri principî: che fa il cacciatore il quale, contro il divieto del proprietario del fondo, vi insegue la selvaggina? Viola il diritto di proprietà: a questo titolo egli è responsabile ed il proprietario ha contro di lui un'azione per risarcimento del danno. Più tardi egli uccide la selvaggina: ha violato forse con ciò il diritto del proprietario? Costui non ha alcun diritto sulla selvaggina che trovasi sul suo terreno altrimenti che in forza d'occupazione: ora chi si è impadronito dell'animale non è già lui, ma il cacciatore, al quale dunque dovrà appartenere in forza del diritto del primo occupante (2).

444. Gli è alla stregua di questi principi che bisogna risolvere la questione se il proprietario del terreno su cui l'animale inseguito si rifugia possa impadronirsene per diritto di occupazione. La circostanza che egli è proprietario del terreno non ha alcuna influenza sulla decisione della tesi. Come dice benissimo Vinnio, la selvaggina non cambia natura a seconda dei luoghi in cui si trova. Essa non appartiene a nessuno, finchè qualcuno non se ne sia impadronito. Bisogna dunque vedere se la selvaggina è divenuta proprietà del cacciatore che la insegue. Secondo i principî da noi stabiliti, il fatto d'inseguire l'animale e quello pure di averlo leggermente ferito non basta per attribuirne la proprietà al cacciatore; occorre che gli sia inferta una ferita mortale. Da ciò consegue che il proprietario del terreno in cui l'animale inseguito si rifugia non può impadronirsene se lo trovi ferito mortalmente, mentre ha invece lo stretto diritto di ucciderlo se è solamente inseguito o ferito in modo lieve. In poche parole, il proprietario resta nel campo del diritto comune; il cacciatore ha un diritto eguale al suo (3).

---

(1) Tribunale di pace di Bulgnéville (Vosgi) del 28 marzo 1860 (Dalloz, 1860, 3, 80).

(2) Cujacio, *Observat.*, VI, 2. Bugnet su Pothier, *Du domaine de propriété*, numero 24.

(3) Aubry e Rau, t. II, p. 236, e note 6 e 7. Demolombe, t. XIII, p. 30, n. 23.

CAPITOLO II.

DELLA PESCA.

445. La facoltà di pesca è regolata da leggi particolari (art. 719). Si distingue la pesca marittima e la fluviale. Sulla prima vi è in Francia e nel Belgio una grande quantità di decreti e regolamenti che sarebbe troppo lungo enumerare; si possono vedere negli indici delle raccolte di leggi. La pesca fluviale è regolata, in Francia, dalle leggi 15 aprile 1829 e 6 giugno 1810. Nel Belgio non vi sono che regolamenti particolari; tale è quello del 26 agosto 1825 relativo alla pesca nell'Escaut. Questa materia, come quella della caccia, ha tratto al diritto di polizia in quanto concerne il diritto di pescare.

446. Siccome i pesci non appartengono ad alcuno, diventano proprietà del primo occupante. Per la sua stessa natura, la pesca non dà luogo alle questioni che presenta la caccia. Si presenta tuttavia una difficoltà. Se io pesco senza diritto in un fiume, il pesce diviene mia proprietà? Secondo il diritto francese, bisogna rispondere negativamente. A termini della legge del 1829 (art. 5), colui che pesca senza permesso da parte della persona cui appartiene il diritto di pesca è tenuto a restituire il prezzo del pesce pescato; val dire che non ne acquista la proprietà (1). Siccome, nel Belgio, non vi è legge speciale, restiamo sotto l'impero dei principî generali; ora a rigor di principio, non vi è ragione per fare differenza tra i pesci e gli animali che possono formare oggetto di caccia. Bisogna dunque applicare per analogia ciò che abbiamo detto della caccia (n. 443). In diritto francese vi è una differenza, la quale, dal punto di vista del diritto, non trova spiegazione.

CAPITOLO III.

DELL'INVENZIONE.

§ I. — *Del tesoro*

N. 1. — A chi appartiene il tesoro?

447. A termini dell'articolo 716, s'intende per tesoro qualunque cosa nascosta o sepolta sulla quale nessuno può giusti-

---

(1) Demolombe, t. XIII, p. 36, n. 29.

ficare alcun diritto di proprietà e che viene scoverta pel puro effetto del caso. A chi appartiene il tesoro? La legge distingue: se il proprietario d'un fondo vi trova un tesoro, questo gli apparterrà intieramente: se il tesoro è trovato nel fondo altrui, spetta per metà a chi lo ha scoperto, e per l'altra metà al proprietario del fondo. Perchè la legge non attribuisce, in tutti i casi il tesoro per intiero all'inventore? Si tratta dell'acquisto della proprietà per diritto di occupazione; ora, soltanto l'inventore può invocare il diritto di occupazione, e può farlo naturalmente per la totalità. Perchè dunque la legge non gli attribuisce che una metà del tesoro quando lo scopre nel fondo altrui? Perchè vi ha differenza tra il tesoro e le altre cose che formano obbietto del diritto d'occupazione; queste non appartengono realmente a nessuno: ecco perchè il cacciatore acquista la proprietà della selvaggina, ancorchè se ne impadronisca sul terreno altrui, contro la volontà del proprietario. Il tesoro appartiene invece a colui che lo ha nascosto o sepolto; se il vero proprietario si presenta e giustifica il suo diritto, il tesoro gli dovrà essere restituito. Per meglio dire, non si comprende il tesoro se non quando nessuno può giustificare la sua proprietà. Ma da ciò che niuno è in grado di dimostrare di aver esclusivo diritto sopra una cosa, non segue già che non vi sia proprietario; esiste un padrone, ma è sconosciuto. Ebbene, il legislatore tien conto dei diritti di questo padrone ignoto; si suppone d'ordinario che chi ha deposto il tesoro sia un antenato del proprietario attuale del fondo: a questa proprietà presunta il legislatore attribuisce metà del tesoro, ma può senz'altro affermarsi che tal presunzione si fonda sopra una mera probabilità. Perchè tale probabilità abbia peso sarebbe necessario che i beni rimanessero sempre nelle stesse famiglie. Un tempo era così, almeno pei beni ereditarii, come diremo al titolo delle *Successioni*, perchè era nello spirito del diritto francese che i beni rimanessero nelle famiglie e non ne uscissero nè per successione nè per donazione, nè per testamento, e neppure per alienazione tra vivi. Ma diversi sono i criterii del nostro diritto moderno, e, più ancora che le leggi, i fatti si sono interamente mutati. Vi è una mobilità estrema nella proprietà anche immobiliare; e ben di raro quindi avviene che il proprietario attuale sia un parente di quello che ha deposto il tesoro. Si offre ancora un'altra ragione: si dice che custode e depositario del tesoro è il fondo, e che quello deve quindi considerarsi come una specie di vantaggio suo proprio: e si è giunti perfino ad affermare che il proprietario acquista, da un certo lato, il tesoro per diritto di accessione (1). Parole e nient'altro che parole! Lo ricordiamo per distogliere i nostri giovani lettori da questo genere d'argomentazioni.

---

(1) DEMOLOMBE, t. XIII, p. 54, n. 43.

448. Siccome la legge divide il tesoro tra il proprietario e lo scopritore, bisogna determinare in modo preciso chi sia proprietario, e chi inventore. Per aver diritto alla parte del tesoro che la legge attribuisce alla proprietà bisogna essere proprietario. In forza di tale principio, si dovrebbe ritenere che tutti coloro i quali non sono proprietarii non hanno alcun diritto al tesoro; il codice applica questo principio all'usufruttuario (articolo 598) e ciò prova che non basta avere un diritto reale di godimento per reclamare il tesoro. Tuttavia le leggi speciali che regolano l'enfiteusi e la superficie hanno derogato al rigore di questa massima. Noi rinviamo a ciò che abbiamo detto più sopra (n. 377 e 428).

In applicazione di questo principio, è stato deciso che colui il quale compera una casa per demolirla e trova un tesoro in un muro, non ne acquista la proprietà, salva la parte riservata all'inventore (1). Tale massima è assai giuridica. Infatti, la vendita d'un edificio a scopo di demolizione è una vendita mobiliare (2); il compratore acquista un diritto sui materiali, ma nessuno sul fondo: ora, l'articolo 716 dispone che la metà del tesoro appartiene al *proprietario del fondo;* il che è decisivo.

449. Inventore è colui che trova il tesoro, cioè, come dice l'articolo 716, colui che scopre un tesoro nel fondo altrui per puro effetto del caso. Noi diremo più innanzi che questa definizione non si applica al proprietario che trova un tesoro nel suo proprio fondo. Quanto al terzo scopritore, non ha diritto al tesoro che come un dono della fortuna. Donde segue, dice Pothier, che se alcuno, senza il consenso del proprietario, fa degli scavi in un fondo, per cercarvi un tesoro, e realmente ne trova uno, non vi avrà alcuna parte (3). Così decide una costituzione imperiale, ed il codice civile consacra implicitamente questa massima, richiedendo che il tesoro sia stato scoperto per puro effetto del caso. Il legislatore deroga qui ai principii che regolano l'occupazione. Quando una cosa non appartiene ad alcuno, diviene proprietà del primo occupante, non importa dove l'apprenda; chi va a caccia sul fondo altrui, contro la volontà del proprietario, acquista pur tuttavia la proprietà della selvaggina. Se non è lo stesso pel tesoro, gli è perchè il tesoro non è *res nullius*, ma ha un padrone che la legge presume sia il proprietario del fondo; essa non attribuisce una parte all'inventore se non quando la fortuna glielo fa scoprire. All'infuori di questa ipotesi, prevale il diritto del proprietario del fondo.

450. Un operaio trovò, demolendo una casa, un vaso contenente monete d'oro del regno di Filippo il Bello. Il proprietario contestò all'operaio la parte che la legge attribuisce all'inven-

---

(1) Parigi, 26 dicembre 1825 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 200).
(2) Vedi il tomo V dei miei *Principii*, n. 426.
(3) Pothier, *De la propriété*, n. 65. L. un. C. *De thesauris* (X, 15).

tore. Egli pretese che l'operaio aveva lavorato in suo nome, per sè ed in sua presenza, perchè egli aveva motivi di credere, per tradizioni di famiglia, che vi fosse un ripostiglio di danaro nella casa che faceva demolire. La Corte aggiudicò la metà del tesoro all'operaio (1). Infatti, la legge è formale, essa attribuisce all'inventore la metà del tesoro, senza distinguere se chi lo scopre lavori per suo proprio conto, come possessore od affittuario, o se lavori per conto altrui. Nè vi poteva esser luogo a distinzione. Non era lecito di asserire, nella specie, che l'operaio era adibito e pagato per cercare un tesoro; la scoperta del vaso costituiva dunque un fatto completamente estraneo all'opera sua, e quindi un'invenzione nel senso legale, una scoperta dovuta alla fortuna. Se i lavori si facessero allo scopo di ricercare un tesoro, se tale fosse almeno in parte l'obbietto degli scavi fatti da un proprietario, se gli scavi fossero eseguiti dietro sue indicazioni, si dovrebbe attribuire il tesoro al padrone del fondo. La Corte d'Orléans ha deciso così e con ragione. Nella specie, il proprietario aveva già trovato alcuni pezzi d'oro e d'argento nascosti in casa sua; egli cercava veramente un tesoro, quantunque i lavori non fossero fatti unicamente per questo scopo. Ora, dal momento che lo si cerca appositamente, non vi è più tesoro, non vi è più scoperta dovuta al semplice caso. Quindi le cose che si trovano debbono appartenere al proprietario del fondo (2). In un'altra specie, al contrario, fu giudicato che la metà del tesoro spettasse all'operaio, quantunque il proprietario pretendesse avergli raccomandato di volgere la sua attenzione alle cose preziose che potrebbe trovare. Ma questa allegazione non era dimostrata. Nulla constatava dunque che si andasse proriamente in cerca di un tesoro: e questo fatto è decisivo (3). Dal momento che non si cerca un tesoro, la fortuna lo dà a chi lo trova.

451. Occorre che l'inventore apprenda la cosa per acquistarne la proprietà? È ben questo il principio generale in materia di occupazione; noi abbiamo vedute le difficoltà che esso presenta in caso di caccia. La legge vi deroga quando si tratta del tesoro; essa dice e ripete che una porzione del tesoro appartiene a colui che lo *trova*, che lo *scopre*, ed attribuisce questa parte allo *scoprimento*, non all'occupazione propriamente detta. E ciò è molto logico. Una cosa era sepolta da secoli, essa era perduta pel suo padrone, perduta per la società: il caso la fa ritrovare; ecco il dono della fortuna, ed il tesoro deve appartenere a colui che essa ha favorito (4). Questo prin-

(1) Bruxelles, 15 marzo 1810 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 205.
(2) Orléans, 10 febbraio 1842 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 203).
(3) Rouen, 3 gennaio 1853 (Dalloz, 1854. 2, 117).
(4) Demante, *Cours analytique*, t. III, p. 10, n. 12 *bis* 1. Confronta Demolombe, t. XIII, p. 71, n. 54.

cipio vale a risolvere un conflitto che si presenta con certa frequenza. Di solito il tesoro viene scoperto da un operaio. Ma che decidere quando, per fare uno scavo, se ne adoperino parecchi? Gli uni zappano, gli altri trasportano la terra; uno fra i primi scopre un tesoro. Tutti reclamano la loro parte. La Corte di Angers ha giudicato assai rettamente che bisognava anzitutto escludere le pretese di coloro che trasportavano la terra. Invano essi dicevano che erano associati agli altri e che il tesoro era un beneficio comune che doveva essere diviso fra tutti: associati lo erano, ma per l'escavazione, non per la scoperta di un tesoro; estranei allo scoprimento, questi operai non potevano reclamare alcuna parte nel dono che la fortuna faceva all'inventore. Rimanevano gli operai zappatori. Anche fra costoro la fortuna aveva fatta la sua scelta; la porzione che costituiva il dono della fortuna apparteneva dunque a colui il quale con un colpo di zappa avea fatto balzar fuori il tesoro (1).

452. Avviene talvolta che l'inventore nasconda la sua scoperta, per appropriarsi la parte del tesoro che la legge attribuisce al proprietario. Una cosa è certa, cioè che colui il quale trova un tesoro nel fondo altrui è obbligato a consegnarne la metà al proprietario del fondo. Infatti, egli non ha diritto di appropriarsi ciò che trova se non a titolo di tesoro; ora, egli sa che il tesoro deve essere diviso tra lui ed il proprietario ed avrà quindi l'obbligo di invitarlo alla divisione. Ma se non lo fa? Che il proprietario abbia un'azione contro di lui per reclamare la metà del tesoro, non è dubbio; ma qual'è la durata di questa azione? Si è preteso che essa nasca da un delitto, e che per conseguenza si prescriva col decorso di tre anni. Ciò non è esatto. Può esservi delitto: se colui che trova un tesoro lo nasconde all'intento di appropriarselo per la totalità, commette un furto (2). Vuol dire ciò che l'azione del proprietario per reclamare la metà del tesoro nasca da un delitto? No, essa ha il suo principio nella scoperta del tesoro, e nell'obbligazione che l'inventore contrae a suo riguardo: è dunque un'azione civile ordinaria che dura trent'anni (3). Si domanda se lo scopritore, colpevole di furto, non debba essere privato della sua parte nel tesoro. La negativa è evidente: sarebbe una pena, e non vi è pena senza una disposizione legislativa; ora, nessuna legge priva l'inventore di ciò che gli appartiene. Se ha commesso un delitto, lo si punisca. Se ha cagionato un danno al proprietario, costui avrà un'azione per risarcimento. Non si può andare più in là senza violare il diritto di proprietà (4).

---

(1) Angers, 25 maggio 1849 (Dalloz, 1849, 2, 169).
(2) Aubry e Rau, t. II, p. 242 e nota 37, e le autorità che vi sono citate.
(3) Angers, 15 luglio 1851 (Dalloz, 1852, 2, 36).
(4) Aix, 17 maggio 1859 (Dalloz, 1859, 2, 114).

N. 2. — Quando vi è tesoro?

453. A termini dell'art. 716, tesoro è qualunque cosa *nascosta* o *sepolta*; bisogna però aggiungere con la prima parte dell'articolo: *in un fondo*. Da ciò si deduce che se la cosa non è nascosta nè sepolta, se si trova alla superficie del suolo, non è un tesoro; per conseguenza non è caso di divisione tra chi l'ha ritrovata ed il proprietario del terreno. Si tratta d'una cosa smarrita; si dovranno per conseguenza applicare i principii che regolano questa materia che noi esporremo più innanzi. Dal testo dell'art. 716 resulta ancora che una cosa trovata in un mobile, come un forziere, non è un tesoro. Tuttavia si insegna l'affermativa, poggiandosi sulla parola *nascosta* che è affatto generica e si applica tanto ai mobili quanto agl'immobili (1). Ma non bisogna separare la seconda parte dell'art. 716 dalla prima; la legge richiede che la cosa nascosta sia stata trovata in un fondo, il che vuol dire assai chiaramente che deve essere stata nascosta *in un fondo:* forse che un mobile è un fondo? Ma se ciò che si rinvenisse in un mobile non è un tesoro, che cosa è dunque ed a chi apparterrà? Sarà una cosa trovata, e si applicheranno quindi le regole relative alle cose smarrite.

454. L'art. 717 dice che *qualunque cosa* nascosta o sepolta costituisce un tesoro. Poco importa dunque la natura della cosa; non occorre distinguere se sia più o meno preziosa. Secondo la lettera della legge sarebbero tali anche le tombe antiche che si scoprissero in un terreno. Noi però preferiamo l'interpretazione data al codice dalla Corte di Bordeaux, sebbene non ne approviamo affatto il ragionamento. Essa parte dal principio che il tesoro non può comprendere che cose le quali abbiano un valore commerciale, e che il possessore nasconde per assicurarne la conservazione. E' evidente che i cadaveri non possono essere considerati come tesoro; ma tanto la tomba quanto le cose preziose che essa racchiude hanno certamente un valore venale. Si potrà osservare che col decorso dei secoli nulla rimane delle spoglie mortali dell'uomo, che per conseguenza non vi sono più che cose mobili le quali cadono sotto l'applicazione della legge che dice: *qualunque cosa*. Rispondiamo che la tomba, per sua essenza, è cosa sottratta al commercio, perchè destinata a rimanere sotterra. La tomba, secondo il pensiero di coloro che la depongono nel suolo, deve rimanervi in perpetuo; essa si confonde quindi col terreno e, per conseguenza si trasmette con esso. Il tesoro, al contrario, vien

(1) DEMOLOMBE, t. XIII, p. 42, n. 34, e gli autori che cita.

collocato nel fondo a titolo di deposito temporaneo per esserne ritirato. È dunque impossibile considerare una tomba come un tesoro (1).

455. Fa d'uopo che il deposito sia antico? Il diritto romano lo esigeva espressamente (2). Si è sostenuto che il codice civile riproduca in modo implicito questa dottrina, quantunque non ne ripeta le parole. Infatti, si dice, esso richiede che nessuno possa giustificare la sua proprietà, il che certamente non ha luogo quando il deposito è recente. La Corte di Bordeaux, ammettendo questa interpretazione, ha deciso che non si potrebbe dare il nome di tesoro a monete d'oro di conio moderno (3). La massima è troppo assoluta, ed in tesi di diritto è anche erronea perchè viene ad aggiungere alla legge. Il legislatore francese aveva sotto gli occhi la definizione romana e non ha riprodotta l'espressione di deposito antico; noi non possiamo pretendere una condizione che la legge non prescrive. Senza dubbio se le monete sono di data recente sarà facile per regola a chi ha fatto il deposito di giustificare la sua proprietà. Ma supponiamo che non lo possa; si rientra allora nei termini della legge, e per conseguenza bisognerà pure attribuire la cosa a chi l'ha trovata ed al proprietario del fondo. La questione della vetustà del deposito è dunque piuttosto una difficoltà di fatto che di diritto. In una casa si rinvengono delle corone di Francia portanti la data del 1786; è assodato che la casa fu sempre abitata da colui il quale, essendone proprietario prima del 1786, ha dovuto necessariamente fare questo deposito, dalla sua vedova e dai suoi figli. La Corte di Bruxelles ha giudicato assai rettamente non trattarsi qui di un tesoro, nel senso che le circostanze dimostravano che il denaro nascosto apparteneva alla famiglia del deponente (4)

456. L'art. 716 subordina l'essenza del tesoro al fatto che nessuno possa giustificare la sua proprietà. Questo principio è di tutta evidenza. Il tesoro non è una cosa senza padrone; esso ha un proprietario ed è colui il quale ha preso cura di nascondere la cosa ed i suoi eredi. La legge attribuisce la cosa a titolo di tesoro a chi l'ha ritrovata in quanto il vero proprietario rimanga sconosciuto. Se dunque il proprietario reclama la sua cosa non può essere più questione di tesoro. Se al momento della scoperta nessuno si presenta per rivendicare la cosa trovata, essa si attribuirà all'inventore, e se del caso, al proprietario del fondo. Questa attribuzuone è definitiva? No certo. Il

---

(1) Bordeaux, 6 agosto 1806 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 189). In senso contrario Demolombe, t. XIII, p. 41, n. 37, e gli autori che cita.

(2) « *Vetus quaedam depositio* » L. 31, D., *de adcquir. rer. dom.*

(3) Bordeaux, 22 febbraio 1827 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 192, 2.°).

(4) Bruxelles, 5 aprile 1823 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 192, 1.°). Confronta Aubry e Rau, t. II, p. 240, nota 29 e gli autori citati ivi.

proprietario ha un'azione contro coloro che si sono impossessati della cosa sua. Infatti, quale è il loro titolo? L'occupazione, fondata sulla qualità di tesoro attribuita alla cosa in quanto sia ignota la persona cui la medesima appartiene. Ora questo titolo cade dal momento che il vero proprietario la reclama.

Quale sarà la durata dell'azione spettante al proprietario? Egli può agire durante trent'anni contro coloro che hanno trovato la cosa; costoro col fatto dell'invenzione contraggono l'obbligo di restituirla al proprietario, e questi avrà dunque contro di essi un'azione valida purchè esercitata nel trentennio. Ciò risponde anticipatamente all'obbiezione che i possessori della cosa potrebbero opporre al proprietario, invocando la massima che in fatto di mobili il possesso equivale a titolo. Il proprietario non rivendica, egli agisce contro i possessori in virtù di un'azione personale; ora la massima dell'articolo 2279 non può essere opposta all'azione che nasce da una obbligazione. Se la cosa fosse tra mani d'un terzo acquirente, vi sarebbe luogo ad applicare la disposizione dell'art. 2279 concernente le cose trovate, che noi spiegheremo in appresso (1).

Rimane a sapere come l'attore dovrà giustificare la sua proprietà. Se chi reclama è erede del deponente, potrà senza dubbio alcuno, invocare la prova testimoniale e per conseguenza le presunzioni che la legge abbandona alla saviezza del magistrato. Infatti la prova testimoniale è indefinitamente ammissibile per stabilire i fatti puri e semplici, quelli cioè che per sè stessi non generano nè diritti nè obbligazioni; ora, il fatto di deporre delle monete in un fondo non crea alcun vincolo fra i deponenti ed i terzi, ed è quindi un fatto materiale che potrà essere provato per testimoni. Lo stesso deponente potrebbe invocare questo principio; a miglior ragione possono giovarsene i suoi eredi i quali si trovano nella condizione del creditore che non ha potuto procurarsi una prova scritta dell'obbligazione contratta verso di lui (art. 1348 (2). E quando la prova testimoniale è ammissibile, lo sono pure le presunzioni (articolo 1353).

457. A termini dell'art. 716, la cosa che non è scoverta per puro effetto del caso non è un tesoro. Noi abbiamo applicato questo principio alla ipotesi che un terzo facesse degli scavi in un fondo che non gli appartiene per cercarvi un tesoro (numero 449). Quantunque la legge non distingua tra il proprietario ed i terzi, tutti ammettono che il primo è libero di praticare nel suo fondo tutte quelle ricerche che reputa opportune.

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 242, nota 59. DEMOLOMBE, t. XIII, p. 47, n. 38 *bis*.

(2) Bordeaux, 22 febbraio 1827, e Amiens, 19 gennaio 1826 (DALLOZ, alla parola *Propriété*, n. 194 e 195). Confronta DEMOLOMBE, t. XIII, p. 47, n. 39; AUBRY e RAU, t. II, p. 242 e nota 38.

Ciò è di intuitiva evidenza non essendo altro che l'esercizio del diritto di proprietà. Ma se il proprietario cerca un tesoro e lo trova, la cosa diverrà sua proprietà a tal titolo? Se ci atteniamo alla lettera dell'art. 716, bisogna rispondere negativamente, poichè la definizione stessa del tesoro esige che la cosa sia stata scoverta per puro effetto del caso: chi cerca un tesoro e lo trova, nulla deve al caso, e quindi non vi sarà più tesoro. A chi apparterrà la cosa così cercata e trovata? Essa diverà proprietà di colui che l'ha ricercata se nessuno si presenta per reclamarla. Ma a qual titolo? Non si tratta d'una cosa smarrita si dice, poichè era sepolta e nascosta. Non è un tesoro, poichè non è un dono della fortuna. Non rimane che un titolo, quello dell'accessione; ma si può dire che le monete siano pertinenza del suolo? Noi preferiremmo di applicare per analogia i principii che regolano le cose smarrite. Perchè si abbia una cosa smarrita, non è richiesto che essa si trovi alla superficie del suolo, nè che sia rinvenuta per caso accidentale: si tratta dunque di una cosa trovata. Noi vedremo più innanzi a chi appartengano le cose smarrite (1).

§ II. — *Delle cose che non hanno proprietario.*

458. Fra le cose che non hanno proprietario e che per conseguenza appartengono al primo occupante si citano anzitutto le conchiglie e le pietre che si trovano sul lido del mare e sulle ripe dei fiumi. A non consultare che il fatto, nulla certo sembra più evidente. Chi di noi non ha raccolto una conchiglia od una pietra? E raccogliendole ne siamo divenuti proprietari. Ecco l'occupazione in tutta la sua semplicità. Sì, ma questa presa di possesso così naturale è nel tempo stesso una prova dell'incertezza del diritto. Sotto l'impero del nostro codice, l'occupazione non è più un puro fatto: è mestieri che trovi la sua giustificazione in un testo della legge. Ove è la legge che autorizzi chicchessia ad impadronirsi delle conchiglie e delle pietre che si trovano sulle rive del mare e dei fiumi? Non vi è legge posteriore al codice. Gli autori che si occupano di volo di questa materia così elementare invocano il diritto romano. Infatti, Pothier insegna, conformemente ad una legge del Digesto, che siccome queste cose sono rimaste nello stato di comunione negativa, siccome, cioè, non appartengono ad alcuno, ciascuno ha diritto di acquistarne la proprietà raccogliendole: il giureconsulto romano dice che ciò è di ragione naturale (2). Gli

(1) In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XIII, p. 50, n. 41.
(2) L. 3, D., *de rer. divis.* (1, 8). POTHIER, *De la Propriété*, n. 58. DEMOLOMBE, t. XIII, p. 73, n. 56.

autori moderni che citano il diritto romano invocano dunque il diritto naturale e ciò che Pothier chiama la comunione negativa, dimenticando che sotto il vigore della nostra legislazione positiva non vi è più diritto naturale; quanto alla comunione negativa, essa non esiste neppure dacchè gli articoli 539 e 713 attribuiscono allo Stato la proprietà di tutti i beni che non hanno padrone. Dunque le conchiglie appartengono allo Stato e ci occorre una legge che permetta ai privati d'impadronirsi di questa parte del pubblico demanio. Vi è una legge anteriore al codice civile? Pel Belgio, non ne conosciamo altra che un editto del 1547 indirizzato agli Stati della Fiandra, legge che ha solo un'autorità locale, poichè non fu pubblicata nelle altre provincie (1). Ma fosse pure una legge generale, noi non avremmo fatto un passo di più. Infatti gli editti e le ordinanze anteriori al codice Napoleone sono abrogati in un al diritto romano: perchè rimangano in vigore occorre che il codice le conservi facendovi espresso rinvio, ma il codice invece serba il silenzio tanto relativamente alle conchiglie quanto alle pietre più o meno preziose che si trovano sul lido del mare o sulle rive dei fiumi. Altra legge non rimane che gli articoli 713 e 539, secondo cui queste cose sono proprietà dello Stato. É dunque con l'autorizzaziona tacita dello Stato che si esercita l'occupazione delle conchiglie. Resta a sapere se lo Stato ha diritto di abdicare alla sua proprietà, e la negativa è evidente. In conclusione, vi è lacuna nella nostra legislazione, e ne risulta che in diritto stretto l'occupazione che i Romani dichiaravano di diritto naturale è divenuta una usurpazione. Ora, in una società ben regolata, non può esservi usurpazione di sorta. La nostra conclusione è un appello al legislatore perchè colmi le lacune che esistono nel codice.

459. Nel Belgio sopratutto queste lacune sono numerose. Sotto l'antico regime, non vi erano che leggi generali che si applicavano a tutte le provincie. Dopo la riunione alla Francia si pubblicò un gran numero di leggi francesi, ma la pubblicazione non si fece che a misura dei bisogni pratici. E perciò si fu paghi di pubblicare parzialmente l'ordinanza del 1681 che prevede diversi casi di occupazione. Ma precisamente queste disposizioni non furono pubblicate nel Belgio. Ecco perchè noi siamo senza legge alcuna per quanto si chiama rigetti del mare.

L'art. 717 dice che i diritti sulle piante e le erbe che crescono sulla riva del mare sono regolati da leggi particolari. In Francia si segue l'ordinanza del 1681 e si hanno dei decreti recenti (2). L'ordinanza sulla marina, lo abbiamo detto, non è

---

(1) Sentenza del tribunale di Bruxelles del 23 dicembre 1865 (*Belgique judiciaire*, 1866, p. 126).
(2) Vedi il decreto citato da AUBRY e RAU, t. II, p. 238, note 12 e 13.

stata pubblicata nel Belgio; esiste, è vero, un decreto del 18 termidoro anno X che autorizza i prefetti a determinre con regolamenti *conformi alle leggi* tutto ciò che riguarda le piante e le erbe chiamate *fuchi*. Ciò suppone che vi sieno leggi; ora le antiche leggi francesi non sono divenute obbligatorie nel Belgio che per effetto della loro pubblicazione: non si possono dunque invocare le disposizioni dell'ordinanza del 1681 le quali non sono state pubblicate. Egli è lo stesso per tutto ciò che appartiene al fondo del mare, come ambra, corallo, grasso di pesce ed altrettali; l'ordinanza contiene (lib. IV, t. IX, art. 29) che queste cose ed altre simili, che non avranno appartenuto ad alcuno, rimarranno a coloro che le avranno tratte dal fondo del mare o pescate sulle onde: se le hanno trovate sulle spiaggie, non ne avranno che la terza parte, mentre le altre due si divideranno tra demanio e l'ammiragliato (1). In mancanza di leggi che cosa avviene nel fatto? Si esercita il diritto d'occupazione come se esistesse sempre con la medesima estensione che aveva quando non vi erano leggi. È una nuova lacuna che segnaliamo all'attenzione del legislatore.

460. Si annoverano ancora fra le cose che non appartengono ad alcuno quelle di cui il proprietario ha abdicata la proprietà; esse non hanno più padrone, dunque dice Pothier, chi se ne impadronisce acquista la proprietà per effetto dell'occupazione (2). Dunque, diciamo noi, esse appartengono allo Stato, in virtù degli articoli 539 e 713; occorrerebbe una legge che le attribuisse al primo occupante. Noi non conosciamo altre leggi se non quelle romane invocate da Pothier. Ora il diritto romano è abrogato. Il codice non lo conserva in quanto concerne le cose abbandonate, esso non pronuncia neppure questa parola. L'art. 717 prevede solamente il caso di effetti gettati in mare, o di cose che il mare rigetta, qualunque sia la loro natura; esso dice che il diritto su queste cose è regolato da leggi particolari. In Francia si ha l'ordinanza del 1681, che nel Belgio non è stata pubblicata. Vi sono leggi belghe anteriori al codice? La questione si è presentata innanzi al tribunale di Bruxelles. L'equipaggio di una scialuppa da pesca del porto di Anversa trovò nel mare del Nord una quantità considerevole di sego e di grasso, che vende a Flessingue pel prezzo dicinquemila franchi. Di ritorno ad Anversa i pescatori furono minacciati di un procedimento penale per furto: rimisero la somma al commissario di marina il quale la depositò presso il ricevitore demaniale. Non essendo intervenuto alcun reclamo da parte degli antichi proprietari, i pescatori domandarono la restituzione dei cinquemila franchi da essi depositati. Lo Stato

---

(1) Duranton, t. IV, p. 262, n. 305 e 306. Demolombe, t. XIII, p. 74, nota 57 e 58.
(2) Pothier, *De la Propriété*, n. 60. L. 2 D., *pro derel.* (XLI, 7).

si rifiutò. Nella sua qualità di depositario, lo Stato doveva restituire la cosa al deponente, salvo che esso medesimo non vi avesse diritto come proprietario. Donde la questione di sapere se vi sia una legge che attribuisca allo Stato gli effetti gettati in acqua e ritrovati in alto mare. Ora, siccome l'art. 717 dichiara che i diritti su queste cose sono regolati da leggi particolari, viene a dire precisamente che esse non appartengono allo Stato poichè lo Stato non può invocare gli articoli 539 e 713, i quali suppongono che i beni da esso reclamati si trovino sul territorio belga. Nella specie, al contrario, era provato che gli effetti erano stati raccolti in alto mare. Bisognava dunque trovare una legge che ne attribuisse la proprietà allo Stato. Quel che segue dimostra in quale imbarazzo si vengano a trovare i giudici in siffatta materia. Lo Stato invocò l'ordinanza francese del 1681; il tribunale giudicò che, siccome le disposizioni di tale ordinanza non erano state pubblicate nel Belgio non vi avevano alcuna forza obbligatoria. Lo Stato citò l'editto del 1476; esso era speciale all'Olanda ed alla Zelanda, e non poteva quindi applicarsi nel Belgio. Quanto all'editto del 1547, noi abbiamo già detto che concerneva soltanto gli Stati Fiamminghi, dunque non era obbligatorio nel Brabante. Lo Stato invocò ancora l'editto del 15 maggio 1574, ma il testo prova che esso si indirizzava all'Olanda ed alla Frigia, e non è stato pubblicato nel Brabante, dunquenon vi aveva forza alcuna. L'editto del 16 ottobre 1663 che si citava nell'interesse dello Stato si limita a raccomandare ia fiscali l'osservanza delle leggi esistenti, ma non crea un diritto sulle cose perdute nel mare. Infine l'editto del 2 dicembre 1663 emanava dagli Stati di Olanda e Frigia, e per conseguenza era estraneo al Belgio. In breve non vi era alcuna legge. Non si poterono dunque attribuire allo Stato i rigetti marittimi. Essi non appartengono neppure a coloro che li trovano; poichè gli effetti gettati in mare o provenienti da naufragio non sono beni senza proprietario. Chi li trova è nella stessa condizione di chi rinviene una cosa perduta: questi ha la detenzione e la custodia della cosa, ma è obbligato a restituirla al proprietario che la reclama entro i trent'anni. Rimaneva a sapere chi nella specie era detentore e custode. Evidentemente i pescatori. Il tribunale condannò lo Stato a restituire loro il fatto deposito (1).

§ III. — *Delle cose smarrite.*

461. Nell'antico diritto, si dicevano *épaves* o *choses gayves* le cose perdute o smarrite di cui non si conoscesse il proprie-

---

(1) Sentenza del tribunale di Bruxelles del 23 dicembre 1865 (*Belgique judiciaire*, 1866, p. 126).

tario. Esse appartenevano, secondo il luogo in cui erano state trovate, al re o al signore alto giustiziere, quando, nel termine prescritto dalle consuetudini, il proprietario non le avesse reclamate. È quel che si dice *diritto delle cose smarrite* (1). Questo diritto fu abolito dalla legge del 13 aprile 1791 (tit. I, art. 7). Il codice civile stabilisce che i diritti sulle cose perdute di cui non si presenti il padrone saranno regolati da leggi particolari (art. 717). Noi citeremo più innanzi qualche legge speciale sovra taluni obbietti perduti, smarriti o non reclamati. Non esiste una legge generale, e di qui dubbi e controversie. Non si è d'accordo che sovra un punto, cioè che le cose perdute non appartengono al proprietario del fondo sul quale si trovano (2). A qual titolo egli le reclamerebbe? Come tesoro? Le cose che stanno alla superficie del suolo non sono un tesoro. Come accessorio del fondo? Non vi è alcun vincolo giuridico tra il fondo su cui per accidente si lascia cadere una cosa e la cosa stessa. Non si può neppur dire che il possessore del fondo abbia la custodia della cosa; detentore e custode della cosa è colui il quale l'ha ritrovata. Si farà eccezione a questo principio quando il rinvenimento ebbe luogo in una casa? Si legge in una sentenza della Corte di cassazione che diverso è il caso di oggetti trovati sul pavimento di un'abitazione, da quello in cui il ritrovamento avvenga sopra una pubblica strada; che le prime, se sono smarrite, non divengono tuttavia oggetti perduti e senza padrone; che tutto quanto esiste in una casa rimane sotto l'autorità e deve essere reputato in possesso del padrone di essa, e che nulla ne può essere asportato senza il consenso di costui (3). Questa proposizione ha del vero, ma è troppo assoluta. Nella specie, un commesso aveva trovato sul pavimento dei biglietti di banca; egli se ne impadronì senza prevenirne il suo capo. Il più semplice dovere d'onestà l'obbligava senza dubbio ad avvertire il padrone di quanto aveva trovato. Ciò vuol dir forse che il deposito ne appartenesse al padrone? No, poichè il proprietario del fondo, della casa o del campo, non ha assolutamente alcun diritto sulle cose smarrite che vi si rinvengano per caso. Chi le ritrova le detiene e spetta a lui custodirle. Dobbiamo vedere se ne abbia altresì la proprietà.

462. Si è sostenuto che le cose smarrite appartengano allo Stato. È certo che lo Stato non può invocare gli articoli 539 e 713, poichè le cose smarrite non sono senza padrone; esse hanno un proprietario, ignorato, è vero, ma che può presentarsi da un istante all'altro. Lo Stato non ne potrebbe recla-

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alle parole *Epaves* e *Choses gayces*.
(2) DURANTON, t. IV, p. 273, n. 323. DEMOLOMBE, t. XIII, p. 86, n. 70.
(3) Sentenza di Cassazione della Sezione Criminale del 7 settembre 1855 (DALLOZ, 1855, 1, 384).

mare la proprietà se non quando una legge speciale gliela attribuisse. Ora, non vi è legge posteriore al codice civile. Quanto al diritto anteriore, esso venne abrogato dalla legge del 1791. Tuttavia si invoca appunto questo diritto anteriore. Lo Stato è succeduto, si dice, ai signori alti giustizieri; se le cose smarrite appartenevano loro, ciò era, secondo Pothier, in ricompensa delle spese che loro incombevano per l'amministrazione della giustizia: essendo ora tale onere passato allo Stato, non è giusto forse che esso profitti del beneficio che vi era annesso? Sono ragioni cattive. Lo Stato adempie ad un dovere rendendo giustizia, e non può reclamare alcuna indennità a questo titolo. É inutile insistere, perchè vi è un testo che respinge le pretese dello Stato, cioè, l'art. 717, il quale, dicendo che le leggi speciali regoleranno i diritti sulle cose perdute di cui non si presenta il padrone, suppone che queste cose non divengono proprietà dello Stato. In mancanza di legge, lo Stato è destituito d'ogni diritto (1).

463. Non rimane più che l'inventore. Diviene egli proprietario delle cose perdute che trova? Pel solo fatto d'averle ritrovate, no. Infatti, l'invenzione è un modo di occupazione; ora, l'occupazione suppone beni che non appartengono a chicchessia. Tali non sono le cose smarrite. Chi le ha perdute non ne ha abdicata la proprietà: egli ha solamente perduta la detenzione, ma ne rimane proprietario; l'art. 717 lo dice, ed i principii che regolano la proprietà non lasciano alcun dubbio sovra di ciò. Invano chi le ha ritrovate invocherebbe la massima che in fatto di mobili il possesso equivale a titolo. Questo principio suppone che il possessore possegga in virtù d'un titolo traslativo di proprietà; coloro che posseggono in virtù di un titolo di obbligazione non possono invocare l'art. 2279, poichè il titolo medesimo del loro possesso prova che sono obbligati a restituire. Tale è la condizione dell'inventore; il fatto del ritrovamento gli attribuisce il diritto di detenzione d'una cosa che non gli appartiene, che deve per conseguenza restituire al padrone che la reclamerà; siccome ha obbligo di restituire, è ben evidente che il suo possesso non lo rende proprietario. Lo stesso art. 2279 lo dimostra. Se l'inventore vende la cosa, il padrone può rivendicarla entro tre anni presso il terzo acquirente: questi adunque non è divenuto proprietario, e perciò il venditore, vale a dire l'inventore non lo era. Per conseguenza la cosa continua ad appartenere al suo padrone. Egli può reclamarla, ma qualunque azione si prescrive entro i trent'anni; il possessore che non ha titolo nè buona fede può opporre questa prescrizione al proprietario che rivendica, ed essa può pure

(1) MERLIN, alla parola *Epaves;* FAVARD DE LANGLANDE, alla parola *Propriété* sez. 1, n. 11. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, p. 241, n. 40, e le autorità ivi citate.

opporsi a colui che agisce in virtù d'un vincolo di obbligazione. Adunque, scorsi trent'anni, l'inventore non è più tenuto a restituire la cosa trovata; in questo senso ne diviene proprietario (1).

464. L'applicazione di questi principii dà luogo ad alcune difficoltà. Nell'antico diritto, parecchie consuetudini obbligavano colui il quale trovava una cosa smarrita a farne dichiarazione all'autorità locale, sotto pena d'ammenda: tale era, ad esempio, la consuetudine d'Orléans (art. 176). Questa obbligazione esiste ancora nel nostro diritto moderno? Le consuetudini sono abolite, e non v'ha alcuna legge. Le autorità municipali hanno tentato di colmare la lacuna. A Parigi, vi sono ordinanze che ingiungono di consegnare all'uffizio di polizia gli oggetti trovati. La legalità di questi regolamenti venne giudiziariamente contestata. Abbiamo detto altrove che la Corte di cassazione del Belgio ha deciso che il regolamento fatto dal Consiglio comunale di Liegi sugli oggetti trovati è illegale, e ciò ci sembra non presenti alcun dubbio (2). In Francia vi sono giudicati nel medesimo senso resi dai tribunali di polizia (3); la questione non venne sin qui portata innanzi alla Corte suprema.

465. Si vorrà dedurre da ciò che il fatto d'impadronirsi degli oggetti trovati, senza farne alcuna dichiarazione, sia lecito? La disputa se, nella specie, ricorrano gli estremi di un furto, è assai viva. Noi non entreremo affatto in questa discussione, perchè estranea al nostro soggetto. La giurisprudenza si è pronunziata per l'affermativa, tuttavia con una distinzione. Se chi trova una cosa prende immediatamente la risoluzione di appropriarsela, egli la sottrae fraudolentemente al proprietario, per conseguenza commette un furto. Se dunque non fa alcuna dichiarazione alla polizia, nè alcuna pratica per iscoprire il proprietario, se nasconde l'oggetto trovato, se nega il fatto dell'invenzione, vi sarà sottrazione frodolenta (4).

466. Di qui sorge una nuova difficoltà. Entro qual termine si eserciterà l'azione del proprietario contro l'inventore? Forse entro il termine ordinario di ogni azione civile, trent'anni, ovvero entro quello eccezionale di tre anni che le leggi penali stabiliscono per le azioni nascenti da reato? L'azione del proprietario non scaturisce da un delitto, essa gli appartiene in virtù dell'obbligazione che l'inventore contrae di restituire la

---

(1) DURANTON, t. IV, p. 271, n. 318, e p. 280, n. 329 e 330 DEMOLOMBE, t. XIII, p. 89, n. 71. Vi è una decisione del ministro delle finanze (Francia) in questo senso, ma assai mal motivata (DURANTON. t. IV, p. 274, n. 526. Confronta DALLOZ, alla parola *Propriété*, n. 212, e MOURLON, t. II, p. 7).

(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 118.

(3) DALLOZ, *Recueil périodique*, 1868, 3, 106.

(4) Ci limitiamo a citare l'ultima sentenza della Corte di cassazione del 30 gennaio 1862 (DALLOZ, 1862. 1, 442). Confronta AUBRY e RAU, e le autorità che citano, t. II, p. 245, nota 48.

cosa al proprietario; dura dunque trent'anni (1). Se l'inventore vende la cosa, il padrone ha, per eccezione, contro il terzo possessore, un'azione di rivendica che l'art. 2279 limita a tre anni. Noi ritorneremo su questo punto al titolo della *Prescrizione.*

467. Vi sono leggi speciali relative a taluni oggetti trovati, smarriti o non reclamati. Abbiamo già detto come le ordinanze francesi che regolano i rigetti del mare non siano state pubblicate nel Belgio. Lo stesso accade degli editti concernenti i rigetti fluviali (2). In difetto di leggi particolari, si dovranno applicare i principii generali che noi abbiamo già esposti.

In virtù di una legge dell'11 germinale anno IV, gli effetti mobili depositati nelle cancellerie e camere di custodia dei tribunali, che non siano reclamate al termine del processo, si vendono all'asta: il proprietario ha azione per farsi restituire il prezzo ricavato, ma questa è limitata ad un anno. L'ordinanza francese del 2 febbraio 1829 (art. 2) ha ristabilita la prescrizione trentennale.

Un decreto del 13 agosto 1810 dispone che gli effetti di qualunque natura affidati alle messaggerie sono venduti, se non si reclamano entro sei mesi. Il proprietario ha un termine di due anni per reclamarne il prezzo. Una legge belga del 28 febbraio 1860 dichiara queste disposizioni applicabili alle ferrovie, che appartengano, sia allo Stato, sia a privati concessionarii, come ai depositi dimenticati od abbandonati nelle stazioni, nelle sale d'aspetto, nelle vetture ed altre pertinenze di questi esercizii. Vi sono leggi analoghe per i valori affidati alla posta (3).

Del pari le merci abbandonate negli ufficii delle dogane vengono vendute dopo scorso un anno; il proprietario può, entro un altr'anno, reclamare la restituzione del prezzo (4).

---

(1) Confronta ciò ch'è stato detto innanzi n. 452.

(2) Sulla legislazione francese, vedi DURANTON, t. IV, p. 272, n. 321; DEMOLOMBE, t. XIII, p. 81, n. 66-68.

(3) In Francia legge del 31 gennaio 1833. Nel Belgio, legge del 22 agosto 1849, art. 5.

(4) Legge del 4 agosto 1791, titolo IX, art. 5 (pubblicata nel Belgio).

TITOLO II.

Delle Successioni.

INTRODUZIONE.

CAPITOLO I.

LE SUCCESSIONI SONO DI DIRITTO NATURALE?

468. La questione da noi enunciata sembra a prima vista oziosa per quanto riguarda l'interpretazione d'un codice di leggi positive. Tuttavia tutti gli autori la discutono, e con ragione. Missione dell'interprete non è solamente di spiegare le disposizioni del codice: egli deve sopratutto ispirare il rispetto alla legge. Ora, le leggi non hanno autorità morale se non quando si trovano in armonia col diritto che dicesi naturale, per indicare che è l'espressione della natura dell'uomo e delle società civili. Uno fra i nostri antichi autori scrive non bastare che una consuetudine sia scritta, ma occorrere pure che essa abbia un fondamento di ragione, cui conviene che ogni cosa ragionevole si rapporti, altrimenti, aggiunge Bouteiller, sarebbe corruttibile ed intollerabile costumanza (1). Così sovratutto accade delle leggi che regolano le successioni. Esse attengono intimamente al diritto di proprietà. Scuotere il fondamento del diritto di successione, è distruggere il diritto di proprietà poichè l'uno senza dell'altro non si comprende. La proprietà fu combattuta dalla dottrina e dalla rivoluzione: se essa non ha le sue radici nella creazione stessa, val dire nel diritto che Iddio ha concesso alle sue creature, non è che un'usurpazione; ora, contro l'usurpazione l'insurrezione sembra legittima a generazioni concepite nella rivoluzione e nudrite di principii rivoluzionari. Bisogna ricostruire le basi dell'ordine sociale, profondamente scosse; quando, nel dominio delle idee, l'ordine sarà

---

(1) BOUTEILLER, *Somme rural*, ou le *Grand Coutumier général de pratique*, titolo LXXII, p. 425.

ristabilito, anche il mondo reale sarà tranquillo sulle sue fondamenta. Ora, la proprietà, col diritto di successione che ne dipende, è uno di questi cardini; è mestieri di fortificarla contro gli attacchi incessanti che le si muovono.

469. Noi abbiamo uno speciale motivo per discutere la questione ed è che gli autori del codice civile sono concordi nel presentare il diritto di successione come opera del legislatore. È questo, a nostro avviso, un errore: bisogna dunque combatterlo per togliergli una così grande autorità. Il relatore del Tribunato proclama questo errore come una verità incontestabile, confondendo la successione con la proprietà, il che del resto è logico poichè una è la conseguenza dell'altra: « Prima della costituzione delle società civili, dice Chabot, la proprietà era piuttosto un fatto che un diritto. La natura ha dato la terra in comune a tutti gli uomini; essa non ha assegnato a ciascuno di loro l'una o l'altra porzione. La proprietà particolare non poteva dunque avere altra origine fuorchè il diritto del primo occupante, od il *diritto del più forte;* essa non si conservava che mediante il possesso ed anche la *forza* poteva distruggerla. La *società civile* è la sola e vera sorgente della proprietà; è dessa che garentisce a ciascun individuo ciò che egli possiede a giusto titolo, e questa garanzia è essa stessa lo *scopo principale della società,* uno dei primi elementi della sua *conservazione* e *prosperità.* Ma se l'uomo, nello stato *di natura,* non aveva il diritto di proprietà, non poteva trasmetterlo quando moriva; poichè non si può trasferire, non si può dare ad altri ciò che non si possiede. La trasmissione dei beni per successione non è dunque di diritto naturale, ma di diritto civile. Dappertutto, infatti, l'ordine delle successioni fu regolato dalle leggi positive, e questo obbietto importante ha trovato posto nel codice di tutti i popoli » (1). L'oratore del Tribunato si esprime nel medesimo senso. « Non appena noi moriamo, dice Siméon, tutti i vincoli che rendevano la proprietà una nostra dipendenza s'infrangono, e la sola legge può riannodarli. Senza di essa i beni rimasti senza padrone apparterrebbero al primo occupante. Ogni decesso ricondurrebbe l'*incertezza* e i *disordini* che lo stato sociale ha fatto cessare. La successione è dunque un'istituzione civile con cui la legge trasmette ad un proprietario novello, anticipatamente desigato, la cosa abbandonata dal proprietario precedente » (2).

470. In queste teorie v'ha un errore od un malinteso che toglie ad esse qualunque autorità. Gli organi del Tribunato sono imbevuti del pregiudizio che regnava nel secolo XVIII, e che Rousseau contribuì tanto a diffondere, circa un preteso stato di natura anteriore allo stato sociale. Questo stato di natura è una chi-

(1) Chabot, Relazione sul titolo delle *Successioni,* n. 3 (Locré, t. V, p. 104).
(2) Discorso di Siméon al Corpo legislativo, n. 8 (Locré, t. V, p. 131).

mera, e tutte le conseguenze che se ne deducono sono esse pure fantastiche. L'uomo non si può concepire all'infuori della società; essere essenzialmente socievole, non potrebbe vivere fuori dello stato sociale, che è condizione della sua esistenza. Senza dubbio la società si sviluppa come tuttociò che attiene alla vita dell'umanità. Le società non era, alla culla del genere umano, quello cui è giunta oggidì, ma esisteva nella sua essenza, il che basta per distruggere il concetto di uno stato di natura extrasociale. Non si può dunque dire che la forza abbia mai regnato a titolo di diritto, e che il possesso e la proprietà abbiano il loro fondamento nel diritto del più forte. Se, come confessano gli organi del Tribunato, la proprietà è la base dell'ordine sociale; se, come pure essi dicono, la società senza di esse non potrebbe nè *esistere,* nè *conservarsi,* nè *prosperare,* bisogna credere che la proprietà sia nella natura dell'uomo poichè l'uomo e la società sono inseparabili. Che importa che la società debba intervenire per regolare la trasmissione alla morte del proprietario attuale? Varrebbe ciò forse a dimostrare che la successione non è di diritto naturale? Nulla apparterrebbe allora al diritto naturale, poichè la società interviene in ogni fatto umano. Non si è negato fin qui che il matrimonio sia di diritto naturale; il che non impedisce che la società intervenga per regolarne le condizioni e per assicurare l'adempimento delle obbligazioni che ne derivano. Così accade appunto delle successioni; è precisamente perchè l'*esistenza,* la *conservazione* e la *prosperità* della società, vale a dire dell'umanità, dipendono dalla proprietà e dalla sua trasmissione per via ereditaria, che le leggi regolano questa materia con tanta sollecitudine.

471. Il pregiudizio da noi avvertito era generale nell'ultimo secolo. Bisogna combatterlo dimostrando le funeste conseguenze che ne deducono i migliori ingegni. Ascoltiamo Montesquieu: « La legge naturale ordina ai padri di nutrire i loro figliuoli; ma non obbliga di istituirli eredi. La divisione dei beni, le leggi che la governano, le successioni dopo la morte di colui cui la divisione è toccata, tutto ciò non ha potuto essere regolato che dalla *società* e per conseguenza dalle leggi politiche o civili ». Noi diremo più innanzi se il padre null'altro debba ai figli fuorchè il mantenimento. È certo che leggi occorrono per governare la trasmissione dei beni che si verifica alla morte del proprietario; ma ciò significa forse che legge crei il diritto di successione? Tanto varrebbe il dire che la legge crea il matrimonio perchè detta norme pel suo organamento. Diciamo che negli organi del Tribunato vi era malinteso ed errore. In Montesquieu, l'inconveniente di questo malinteso è evidente e l'errore diviene pericoloso. Se le leggi creano il diritto di successione potranno anche distruggerlo. A questo conclude Montesquieu. « È vero, egli dice, che l'ordine pubblico o civile richiede *spesso* che i figli succedano ai padri; ma ciò non

accade *sempre* » (1). Se la cosa è vera per la successione, lo sarà pure per quanto riguarda la proprietà. Il legislatore potrà dunque abolire la proprietà, il che conduce ad attribuire la medesima allo Stato: eccoci dunque in pieno socialismo. Non era questo certamente il pensiero di Montesquieu. Ciò dimostra l'importanza dei principii; se sono falsi, le conseguenze funeste che racchiudono si faranno strada per triste necessità. Nel fondo della dottrina insegnata dall'autore dello *Spirito delle leggi*, sta l'insurrezione contro la proprietà. È mestieri dunque insistere per ristabilire i veri principii.

472. Il secolo decimottavo immaginando le sue teoriche circa lo stato di satura e la comunione che vi regnava non dubitava punto che queste metafisiche speculazioni sarebbero divenute una tremenda realtà. Nell'89 i discepoli dei filosofi si posero all'opera; noi plaudiamo alla distruzione che essi compirono ed alla rigenerazione che inaugurarono, ma è forza di riconoscere che seminarono pure i germi di rivoluzioni future. Dopo la morte di Mirabeau, fu letto alla tribuna il suo discorso sulle successioni. e vi troviamo queste parole gravide di tempesta: « Poichè il diritto di proprietà sulla maggior parte dei beni di cui godono gli uomini, è un vantaggio attribuito loro dalle *convenzioni sociali*, nulla impedisce, ove si voglia, che non si riguardino questi beni come rientranti di diritto, per la morte dei loro possessori, nel *dominio comune*, e ritornino indi di fatto, per la volontà generale, agli eredi che chiamiamo legittimi ». Nulla impedisce altresì, disse alcuni anni più tardi Babeuf, il tribuno del popolo, che i beni non rimangano nel dominio comune e che la santa eguaglianza non regni sulla terra. E la santa eguaglianza, è la mensa comune, come è comune il pascolo per le bestie. Ai giorni nostri abbiamo veduto all'opera questi banditori d'uguaglianza. Essi non potevano abitare alle Tuileries, periscano dunque le Tuileries! Non godevano dei dipinti del Louvre e del Luxenbourg, periscano dunque i capolavori dell'arte! Decisamente la santa eguaglianza diventà l'uguaglianza che accomuna la greggia (2).

473. Qui c'imbattiamo in un pregiudizio che ha profonde radici nella razza francese e nel dogma cattolico: l'uguaglianza di fatto considerata come un ideale. Questo ideale conduce all'abolizione della proprietà individuale, al ristabilimento di quella pretesa comunione che regnava nello stato di natura. Domat, pure respingendo la comunione, sembra vi scorga un tipo di perfezione: « Essa presenta tali inconvenienti da non potersi dubitare che sia affatto impossibile. Sarebbe ingiusto che tutte le cose fossero sempre in comune ai buoni ed

---

(1) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, XXVI, 6.
(2) Sulle dottrine della Rivoluzione concernenti la proprietà, vedi i miei *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XIII, p. 215 e seg.

ai cattivi, a quelli che lavorano ed agli oziosi, a chi saprebbe far buon uso dei beni ed a chi invece non sarebbe capace che di consumarli e dissiparli. Di guisa che lo stato di comunione universale, che avrebbe potuto essere giusto fra uomini di equità perfetta viventi nell'innocenza senza passioni, non potrebbe essere che chimerica, ingiusta e piena d'inconvenienti tra uomini *fatti come noi siamo* » (1).

Il preteso ideale è falso, perchè in opposizione con ciò che v'ha di più essenziale nella natura dell'uomo, la sua individualità. Ogni uomo è dotato di facoltà intellettuali e morali che costituiscono il suo essere, la sua personalità e che egli ha la missione di sviluppare. Egli non può vivere e perfezionarsi che nello stato di società: e questa deve essere organizzata in modo che ogni essere umano possa raggiungere il grado di perfezione cui è destinato in questo mondo. Ecco l'uguaglianza che a giusto titolo si può chiamare santa, perchè è una legge di Dio. Noi la chiamiamo eguaglianza di diritto per distinguerla da quella di fatto che Domat con ragione dichiara impossibile; se le facoltà sono ineguali, come potrebbe esistere eguaglianza di fatto fra esseri profondamente diversi? Se l'uguaglianza di diritto è una legge divina, l'ineguaglianza di fatto è parimente una legge divina. A torto si crede che la si condanni e la si diffami dicendola un privilegio della nascita. Vi sono ben altri di questi privilegi, ed hanno tutti un solo e medesimo principio, Iddio. Quale è la ragione di questa ineguaglianza che ha fatto il tormento dei pensatori? Mistero, che la fede può studiarsi di penetrare, ma che il legislatore deve contentarsi di accettare. Gli uomini nascono ricchi o poveri: ecco il fatto divino, provvidenziale, che nessuna potenza umana può distruggere. Se si stabilisse oggi l'eguaglianza di fatto, essa verrebbe a scomparire dimani.

Quali sono le conseguenze di questa ineguaglianza necessaria? È forse vero, come dice Montesquieu, che il padre non deve altro ai suoi figli fuorchè il nutrimento? Se anche non fosse ad altro verso i medesimi tenuto che agli alimenti, sarebbe pur sempre obbligato a trasmettere loro una porzione almeno del suo patrimonio. Se muore, lasciando figli di età minore, non dovrà assicurare la loro esistenza, dopo la sua morte? Se Iddio gli ha dato figli imbecilli, incapaci di provvedere a sè stessi, nulla il padre, morendo, dovrà loro? Il padre è ricco, ha figli che educa nel lusso e nell'ozio; dirà loro al suo dipartirsi dal mondo: io non vi debbo più nulla? Montesquieu ha posto male la questione relativa al diritto di eredità. I padri non chiedono di meglio che trasmettere i loro beni ai figli; è appunto per lasciar loro qualche sostanza che lavorano, eco-

(1) DOMAT, *Des lois civiles*, 2.ª parte, libro I, Prefazione, p. 324, n. 11.

nomizzando, si impongono le più dure privazioni. Si tratta di vedere se sia questo un riflesso d'egoismo od invece un sentimento legittimo. Lo si chiami pure egoismo se si vuole; certo è però che tale è il movente dell'uomo il quale per questo sopratutto ha tanto cara la sua proprietà. Abolito il diritto di successione, non vi saranno più proprietarii. Se volete che la proprietà si mantenga, accompagnatela col diritto di trasmettere i beni per successione (1). Noi abbiamo cercato, dopo tanti altri, di giustificare la proprietà (2); con ciò abbiamo anche giustificato il diritto di successione. Ci rimane a vedere se la nostra dottrina trova qualche appoggio nella tradizione giuridica e nello spirito della nostra legislazione.

474. Domat è la guida abituale degli autori del codice civile; è in lui che si trova lo spirito, e, se si può parlar così, la filosofia del nostro diritto moderno. Pothier è esclusivamente legista, egli non lascia quasi mai il campo del diritto positivo, mentre Domat ama invece di investigare le ragioni delle cose. Egli distingue, come fa il codice, tre ordini di eredi, i discendenti, gli ascendenti ed i collaterali. Quanto al primo di questi ordini, in cui i figli son chiamati a succedere ai loro genitori, Domat non esita a chiamarlo *affatto naturale:* è, egli dice, come una conseguenza dell'ordine divino che dà la vita agli uomini mediante la nascita che ripetono dai loro genitori. Poichè la vita rende necessario l'uso dei beni temporali, il dono della vita importa dunque il dono di questi beni; che di più naturale quindi quanto il far passare i beni dei genitori ai figli come un beneficio che deve seguire quello della vita? All'epoca in cui scriveva Domat, la società era ancora del tutto aristocratica, e sembrava basata sopra un fondamento incrollabile, quello della monarchia di diritto divino. Se Domat avesse uditi gli urli di rivolta della democrazia contro l'ineguaglianza che risulta dall'eredità, avrebbe richiamato gl'insorti al rispetto della volontà di Dio. Chi ci dà la vita? Iddio. Chi ci fa nascere nel seno di una famiglia povera o ricca? Iddio. Da chi dunque teniamo i beni che sono un accessorio della vita? Da Dio. Rivoltarci contro l'ineguaglianza che presiede alla nostra nascita, è rivoltarci contro i decreti di Dio. Accettiamo dunque la ineguaglianza di fatto come una condizione della vita. Noi diremo più innanzi quali obblighi siano annessi alla ricchezza che Iddio ci largisce con la vita.

Domat dice che il secondo ordine che chiama gli ascendenti alla sucessione dei discendenti non è naturale. In qual senso? Perchè è contro l'ordine della natura che i genitori sopravvivano ai loro figli. Si dirà dunque che, quando ciò avviene, non sia conforme al diritto naturale che i genitori succedano

---

(1) Massé e Vergé su Zachariae, t. II, p. 228, nota 1.
(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, p. 115, n. 87 e seg.

ai loro figli? Domat risponde: « La medesima ragione che rannoda al beneficio della vita quello dei beni temporali, e che ai figli dà determinati genitori, richiede altresì che gli ascendenti non vengano privati dei beni che lasciano i loro figli; siccome, infatti, questi ripetono la vita dai loro genitori, i beni dei figli sono naturalmente destinati per la necessità della vita di quelli da cui essi traggono la loro ». In questo senso, la successione degli ascendenti è di diritto naturale quanto quella dei discendenti; entrambe sono conseguenza dello stretto vincolo che lega queste persone e dei doveri che Iddio impone loro reciprocamente. Uno fra i principali effetti di questo vincolo e di questi doveri è l'uso vicendevole che la natura dà ai figli dei beni dei loro genitori ed ai genitori di quelli dei loro figli, *rendendoli in qualche modo ad essi comuni*. Per concludere, la successione degli ascendenti risale alla volontà di Dio al pari di quella dei discendenti; poichè, dandoci la vita, Egli ci avvince non solamente a quelli da cui ripetiamo la nascita, ma ancora alla famiglia dei nostri genitori, ed a quelli anzitutto cui i nostri genitori debbono i loro giorni. Ciò vuol dire che Dio, facendoci nascere piuttosto in una che in un'altra famiglia, ci largisce diritti e ci impone doveri: uno di questi diritti e di questi doveri è la eredità.

Rimane l'ordine dei collaterali. Ciò che abbiamo detto è di già sufficiente a provare che la successione dei collaterali ha il medesimo fondamento di quello dei discendenti e degli ascendenti. I collaterali non sono forse avvinti ad un solo capo da cui ripetono la vita? Essi pure hanno dunque diritto ai beni, che sono un accessorio della vita. Perciò, scrive Domat, può dirsi in generale di queste tre specie di successioni, dei discendenti, degli ascendenti e dei collaterali, che tutte le persone le quali per nascita sono legate fra loro in uno di questi ordini, vengono considerate come una famiglia cui Iddio aveva destinati i beni di quelli che la compongono, per farli passare successivamente dall'uno all'altro, secondo il grado della loro prossimità.

Qui tocchiamo il principio fondamentale del diritto di successione, come Domat lo concepisce, e Domat, in questa materia, non ha fatto che scrivere la teoria delle consuetudini riprodotta sostanzialmente dal codice civile. Quando egli dice che la successione dei discendenti, degli ascendenti e dei collaterali è di diritto naturale, intende con ciò che deriva dalla volontà di Dio, il quale ha organizzato le famiglie, e che fa nascere gli uomini nell'una piuttosto che nell'altra, secondo i decreti della sua Provvidenza. Lasciando i beni a coloro che sono chiamati a conseguirli, noi obbediamo dunque alla volontà di Dio; val dire adempiamo ad un dovere. Siccome il vincolo che la nascita genera tra ascendenti, discendenti e collaterali è il primo ed il precipuo che Dio abbia creato tra gli uomini al fine di unirli in società ed avvincerli ai *doveri*

dell'amore reciproco, dice Domat, così ciascuno deve, nello scegliersi un erede, prendere anzitutto in considerazione le persone verso cui Iddio con questo primo legame lo ha obbligato più che non verso le altre; nè gli sarebbe lecito di privarle dei suoi beni se non per giusti motivi. Vi è dunque una legge divina che attribuisce i beni di ciascuna famiglia ai membri che la compongono. Sovra questo dovere, continua Domat, sono fondate le nostre consuetudini le quali affettano talmente i beni alle famiglie, da non consentire che si disponga della totalità dei medesimi a pregiudizio persino dei più lontani collaterali, come diremo in appresso (1).

475. Ecco una teoria diversa da quella di Montesquieu e di Mirabeau. È a vedersi se i redattori del codice si riannodano a Domat od alla filosofia del secolo XVIII. Gli oratori del Tribunato, di cui riproducemmo le espressioni, non esprimono che opinioni individuali. Il loro modo di sentire era certamente assai diffuso, ma non crediamo che formi lo spirito del codice civile. Il codice è innanzi tutto un'opera tradizionale e questa tradizione è quella delle consuetudini. Ora, Domat ce lo ha detto or ora, la sua teoria è in sostanza quella del diritto consuetudinario: noi lo dimostreremo quando avremo ascoltati gli autori del codice civile, la Commissione che compilò il progetto primitivo. Portalis espose lo spirito del nuovo codice in un discorso preliminare; udiamo quanto egli dice del diritto di successione. L'oratore pone nettamente la questione: « Il diritto di succedere ha la sua base nel diritto naturale o semplicemente nelle leggi positive? ». E risponde dimostrando che la proprietà è di diritto naturale: « Nessuno avrebbe seminato, piantato o costruito, se i dominii non fossero stati separati e se ciascun individuo non fosse stato sicuro di godere d'un pacifico possesso. Il diritto di proprietà per sè stesso è adunque *un'istituzione diretta della natura* ». Come si vede, Portalis si allontana recisamente dalla scuola filosofica del secolo XVIII; egli ben si guarda dall'asserire che la proprietà trae principio dal diritto del più forte, ma le attribuisce un'origine più razionale e più vera nei bisogni dell'uomo. In sostanza è questa la teoria che noi abbiamo esposta altrove. Se la proprietà è di diritto naturale, altrettanto sarà a dirsi del modo con cui essa si esercita: è questo un accessorio, una esplicazione, una conseguenza del diritto stesso. Non ne consegue forse che anche la successione è di diritto naturale? Su questo punto sembra tuttavia che Portalis sia esitante. Egli non dubita di affermare che gravi ragioni di convenienza e di equità impongono che i beni siano lasciati alla famiglia del proprietario, ma, a propriamente parlare, egli dice, nessun membro della famiglia può

---

(1) DOMAT, *Des lois civiles,* 2.ª parte, Prefazione, n. 3, p. 324 e seg.

reclamarli a stretto titolo di proprietà. La successione è adunque creazione della legge? Portalis non la pensa così. Il legislatore deve intervenire per regolare il diritto di successione, per determinare in qual ordine succederanno i parenti, e qual parte sarà loro accordata. Mentre si procede alla divisione, che diverranno i beni resi vacanti per la morte del proprietario? Il buon senso, risponde Portalis, la ragione, il pubblico interesse non permettono che siano abbandonati. In questo senso appartengono allo Stato. Portalis si affretta a soggiunere che non si deve far erroneo giudizio del diritto dello Stato: questo non è, non può essere un diritto di eredità, bensì semplicemente un diritto d'amministrazione e di governo. Lo Stato non succede, esso non è costituito che per regolare l'ordine delle successioni. E necessario che un tal ordine esista, come è necessario che vi siano leggi. La conchiusione di Portalis è che il diritto di succedere sia d'istituzione sociale; il che significa che la sua esistenza è connessa a quella medesima della società. Egli aggiunge ancora, e ciò completa il suo pensiero, che il modo di divisione nelle successioni non è che di diritto politico o civile (1).

Il linguaggio di Portalis non è così chiaro, così netto come quello di Domat; si direbbe che egli subisca suo malgrado la influenza di una dottrina filosofica che fa del diritto una creazione della legge. Tuttavia l'energia che egli pone nel respingere il diritto d'eredità che si reclamava per lo Stato attesta che il vero pensiero di Portalis è conforme a quello di Domat. Lo si trova riprodotto nell'Esposizione dei motivi del titolo delle *Successioni*. Treilhard dice al pari di Domat che la natura ha in qualche modo stabilita una comunione di beni tra i padri ed i figli, e che la successione non è per essi che un godimento continuato. L'oratore del governo aggiunge che lo stesso non accade fra collaterali; per giustificare il loro diritto, egli fa appello all'affezione che il defunto porta ai suoi più prossimi parenti (2): in altri termini è la legge d'amore e di dovere che Domat ha così bene determinata riferendola alla nostra nascita, cioè a Dio.

476. Iddio non figura più nei discorsi che gli oratori del governo e del Tribunato pronunciavano innanzi al corpo legislativo. Vi sono liberi pensatori i quali aspirano a bandirlo affatto dalle leggi; essi temono la pericolosa ambizione della Chiesa cattolica, la quale chiede che Dio riprenda il suo posto nelle leggi e in tutto l'ordine sociale, al fine di dominare in suo nome, e come suo organo, sugli individui e sui popoli. Noi abbiamo passata la vita nostra combattendo le pretensioni della

---

(1) Portalis, Discorso preliminare, n. 92-94 (Locré, t. I, p. 181).
(2) Treilhard, Esposizione dei motivi del titolo delle *Successioni*, n. 2 (Locré, t. 1, p. 90).

ristabilito, anche il mondo reale sarà tranquillo sulle sue fondamenta. Ora, la proprietà, col diritto di successione che ne dipende, è uno di questi cardini; è mestieri di fortificarla contro gli attacchi incessanti che le si muovono.

469. Noi abbiamo uno speciale motivo per discutere la questione ed è che gli autori del codice civile sono concordi nel presentare il diritto di successione come opera del legislatore. È questo, a nostro avviso, un errore: bisogna dunque combatterlo per togliergli una così grande autorità. Il relatore del Tribunato proclama questo errore come una verità incontestabile, confondendo la successione con la proprietà, il che del resto è logico poichè una è la conseguenza dell'altra: « Prima della costituzione delle società civili, dice Chabot, la proprietà era piuttosto un fatto che un diritto. La natura ha dato la terra in comune a tutti gli uomini; essa non ha assegnato a ciascuno di loro l'una o l'altra porzione. La proprietà particolare non poteva dunque avere altra origine fuorchè il diritto del primo occupante, od il *diritto del più forte;* essa non si conservava che mediante il possesso ed anche la *forza* poteva distruggerla. La *società civile* è la sola e vera sorgente della proprietà; è dessa che garentisce a ciascun individuo ciò che egli possiede a giusto titolo, e questa garanzia è essa stessa lo *scopo principale della società*, uno dei primi elementi della sua *conservazione* e *prosperità*. Ma se l'uomo, nello stato *di natura,* non aveva il diritto di proprietà, non poteva trasmetterlo quando moriva; poichè non si può trasferire, non si può dare ad altri ciò che non si possiede. La trasmissione dei beni per successione non è dunque di diritto naturale, ma di diritto civile. Dappertutto, infatti, l'ordine delle successioni fu regolato dalle leggi positive, e questo obbietto importante ha trovato posto nel codice di tutti i popoli » (1). L'oratore del Tribunato si esprime nel medesimo senso. « Non appena noi moriamo, dice Siméon, tutti i vincoli che rendevano la proprietà una nostra dipendenza s'infrangono, e la sola legge può riannodarli. Senza di essa i beni rimasti senza padrone apparterrebbero al primo occupante. Ogni decesso ricondurrebbe l'*incertezza* e i *disordini* che lo stato sociale ha fatto cessare. La successione è dunque un'istituzione civile con cui la legge trasmette ad un proprietario novello, anticipatamente desigato, la cosa abbandonata dal proprietario precedente » (2).

470. In queste teorie v'ha un errore od un malinteso che toglie ad esse qualunque autorità. Gli organi del Tribunato sono imbevuti del pregiudizio che regnava nel secolo XVIII, e che Rousseau contribuì tanto a diffondere, circa un preteso stato di natura anteriore allo stato sociale. Questo stato di natura è una chi-

(1) Chabot, Relazione sul titolo delle *Successioni*, n. 3 (Locré, t. V, p. 104).
(2) Discorso di Siméon al Corpo legislativo, n. 8 (Locré, t. V, p. 131).

mera, e tutte le conseguenze che se ne deducono sono esse pure fantastiche. L'uomo non si può concepire all'infuori della società; essere essenzialmente socievole, non potrebbe vivere fuori dello stato sociale, che è condizione della sua esistenza. Senza dubbio la società si sviluppa come tuttociò che attiene alla vita dell'umanità. Le società non era, alla culla del genere umano, quello cui è giunta oggidì, ma esisteva nella sua essenza, il che basta per distruggere il concetto di uno stato di natura extrasociale. Non si può dunque dire che la forza abbia mai regnato a titolo di diritto, e che il possesso e la proprietà abbiano il loro fondamento nel diritto del più forte. Se, come confessano gli organi del Tribunato, la proprietà è la base dell'ordine sociale; se, come pure essi dicono, la società senza di esse non potrebbe nè *esistere*, nè *conservarsi*, nè *prosperare*, bisogna credere che la proprietà sia nella natura dell'uomo poichè l'uomo e la società sono inseparabili. Che importa che la società debba intervenire per regolare la trasmissione alla morte del proprietario attuale? Varrebbe ciò forse a dimostrare che la successione non è di diritto naturale? Nulla apparterrebbe allora al diritto naturale, poichè la società interviene in ogni fatto umano. Non si è negato fin qui che il matrimonio sia di diritto naturale; il che non impedisce che la società intervenga per regolarne le condizioni e per assicurare l'adempimento delle obbligazioni che ne derivano. Così accade appunto delle successioni; è precisamente perchè l'*esistenza*, la *conservazione* e la *prosperità* della società, vale a dire dell'umanità, dipendono dalla proprietà e dalla sua trasmissione per via ereditaria, che le leggi regolano questa materia con tanta sollecitudine.

471. Il pregiudizio da noi avvertito era generale nell'ultimo secolo. Bisogna combatterlo dimostrando le funeste conseguenze che ne deducono i migliori ingegni. Ascoltiamo Montesquieu: « La legge naturale ordina ai padri di nutrire i loro figliuoli; ma non obbliga di istituirli eredi. La divisione dei beni, le leggi che la governano, le successioni dopo la morte di colui cui la divisione è toccata, tutto ciò non ha potuto essere regolato che dalla *società* e per conseguenza dalle leggi politiche o civili ». Noi diremo più innanzi se il padre null'altro debba ai figli fuorchè il mantenimento. È certo che leggi occorrono per governare la trasmissione dei beni che si verifica alla morte del proprietario; ma ciò significa forse che legge crei il diritto di successione? Tanto varrebbe il dire che la legge crea il matrimonio perchè detta norme pel suo organamento. Diciamo che negli organi del Tribunato vi era malinteso ed errore. In Montesquieu, l'inconveniente di questo malinteso è evidente e l'errore diviene pericoloso. Se le leggi creano il diritto di successione potranno anche distruggerlo. A questo conclude Montesquieu. « È vero, egli dice, che l'ordine pubblico o civile richiede *spesso* che i figli succedano ai padri; ma ciò non

persona defunta ad una o più altre persone che prendono il suo luogo e che si designano sotto il nome di eredi. Questa trasmissione avviene per volontà dell'uomo, quando il defunto ha disposto dei suoi beni per testamento o per contratto di matrimonio: vi è allora successione testamentaria o contrattuale. Quando il defunto non ha istituito eredi, le successioni sono deferite dalla legge alle persone da essa designate, e si dicono *legittime* perchè la sola legge li regola. Si chiamano pure successioni *ab intestato*, perchè, in diritto romano, non avevano luogo se non in mancanza di testamento (1).

Tale è il linguaggio della dottrina, ma non quello del codice. Il codice non dice che vi siano due o tre specie di successione; esso non dà il nome di successione che alla trasmissione che avviene per virtù della legge; quanto alle disposizionl fatte dal defunto, le chiama donazioni o testamenti secondo che il *de cuius* ha disposto dei suoi beni per atto tra vivi o per atto di ultima volontà. Per questo l'art. 711 dice che la proprietà dei beni si acquista e si trasmette per successione e per donazione tra vivi o testamentaria. Mai la legge dà nome di successione alla trasmissione che avviene per donazione o per testamento. Del pari essa riserba la qualifica di eredi alle persone che chiama a succedere al defunto, e chiama donatari o legatari coloro che ricevono i beni per volontà dell'uomo. Adunque, secondo la teoria del codice, non vi è che una sola specie di successione, quella che gli autori dicono *legittima* o *ab intestato*; la legge ignora questa denominazione, la quale, infatti, implica che vi siano altre successioni mentre, lo ripetiamo, il codice non ne conosce che una sola, cui attribuisce il nome di successione per eccellenza.

478. Il linguaggio del codice è quello degli antichi autori che scrivevano nei paesi di diritto consuetudinario. Lebrun dice che la parola *successione* deve intendersi delle successioni *ab intestato* e non delle testamentarie, poichè le istituzioni di erede sono abolite nella maggior parte delle consuetudini, salvo le contrattuali che attengono più alle donazioni fra vivi che ai testamenti. La parola *successioni* continua Lebrun, significa dunque, nel nostro diritto, quella successione che la legge e non la volontà del defunto deferisce a qualcuno, quella che si deve alla previdenza di una consuetudine, e non alle liberalità di un testatore; in cui si succede per prossimità e per diritto di sangue e non per scelta nè per predilezione. Inoltre gli autori che volevano usare un linguaggio rigoroso pretendevano che non si dovesse usare l'espressione di succesione *ab intestato*, ed avevano ragione; si può dire che alcuno lasci la sua successione *ab intestato* allorchè non gli è concesso di far testa-

(1) CHABOT, *Commentaire sur la loi des successions*, t. I, p. 1 e seg.

mento? Siccome nei paesi consuetudinari non vi erano veri testamenti, non vi erano neppure successioni *ab intestato* (1).

Il linguaggio del diritto consuetudinario era l'espressione di una dottrina che risale ai più antichi usi delle popolazioni germaniche. Tacito ci apprende che i Germani non conoscevano successione testamentaria; i beni si trasmettevano agli eredi del sangue secondo la prossimità del grado. La proibizione di testare sussistè lungamente nei paesi puramente germanici (2). Quando il testamento s'introdusse nei paesi consuetudinari, non vi ebbe mai l'autorità nè il nome di successione. Non è che a malincuore, per indulgenza verso l'umana debolezza, che le consuetudini permettono di testare; l'ordine regolare di succedere è quello che procede dalla natura, l'ordine del sangue, come dice Lebrun, l'ordine divino, come vuole Domat. Soltanto l'indulgenza della legge, come suona una frase di Bourion, consente all'uomo, alla sua morte, *una specie d'impero* sovra i suoi beni, permettendogli di invertire quest'ordine; è un'eccezione al principio, ma imperfetta: è *legato limitato* e non vera successione. Bourion ha cura di aggiungere qual sia il concetto che ispira le consuetudini quando accordano all'uomo la facoltà di disporre dei suoi beni. La legge, egli dice, è più saggia dell'uomo: costui si guardi bene adunque dal trar profitto della concessione della legge per ispogliare l'erede che questa gli impone; egli non ne deve far uso se non per ricompensare la virtù e sciogliere debiti di gratitudine, altrimenti si scosterebbe dallo spirito della legge abusando della sua disposizione (3).

Di qui scaturiscono queste massime caratteristiche del diritto consuetudinario: *Non vi ha istituzione d'erede. Si nasce erede e non lo si diviene. Non l'uomo, ma Dio soltanto può creare un erede* (4). Quest'ultima regola esprime in termini semplici ed energici il concetto delle consuetudini, ed è questo che ha dettata la teoria di Domat, è questo che si è trasfuso nel nostro codice. L'uomo trasmette il suo sangue ai suoi figli e discendenti, ma non è egli che crea, non è egli che dà la vita, è Dio. Accordando la vita, Iddio concede insieme i beni che ne sono l'accessorio. Egli li distribuisce inegualmente, come inegualmente distribuisce le facoltà intellettuali e morali; mistero per noi, ordine provvidenziale per lui. Adunque, per ciò soltanto che fa nascere un figlio nella tale famiglia, Iddio lo fa partecipe dei beni che essa possiede: in questo senso è egli che istituisce gli eredi. Verrà l'uomo a turbare quest'ordine divino? La legge è più savia di lui, poichè è l'espressione dell'ordine

---

(1) Lebrun, *Traité des successions*, Prefazione.
(2) Laboulaye, *De la condition civile et politique des femmes*, p. 99.
(3) Bourjon, *Le droit commun de la France*, t. XVII, cap. preliminare, n. 7 e 8 (t. I, p. 677).
(4) Vedi i documenti in Demolombe, t. XIII, p. 101, n. 80.

divino; essa permette all'uomo di disporre dei suoi beni, ma entro i limiti da lui tracciati, e senza che egli possa sostituire la volontà propria a quella di Dio: *Non vi ha istituzione d'erede.*

479. Un distinto magistrato ha scritto che nel nostro diritto moderno non hanno più importanza le diverse qualifiche che si attribuiscono ai vari ordini di succedere: le cose, egli dice, hanno preso il luogo delle parole (1). Già nell'antico diritto, Domat aveva fatta un'osservazione analoga; secondo lui non vi è che una differenza di nome tra gli eredi ed i legatari (2). E si potrebbe credere che il medesimo accada, a più forte ragione nel nostro diritto moderno. Infatti, che leggiamo nel codice? « Le disposizioni testamentarie sono od universali, od a titolo universale, ovvero a titolo particolare. Ciascuna di queste disposizioni, sia essa fatta col nome d'*istituzione d'erede*, o con quello di legato produrrà il suo effetto secondo le regole qui appresso stabilite per i legati universali, a titolo universale o a titolo particolare (art. 1002) ». Questo articolo non abolisce forse la massima consuetudinaria: *Non vi ha istituzione d'erede?* Il codice va più in là: esso deroga decisamente alle consuetudini, accordando il possesso di diritto al legatario universale quando non concorre con un erede riservatario (art. 1006). Che importa dopo ciò che il codice non dia il nome d'erede al legatario universale? Esso stesso ci dice che le denominazioni sono senza importanza. Siccome il legatario ha il medesimo diritto dell'erede, tutto si riduce, in conclusione, ad una differenza di nome.

É verissimo che nel diritto moderno le denominazioni hanno perduto di valore. Ma non è esatto affermare che la legge confonde la successione legittima colla successione testamentaria; qui le parole conservano la loro importanza, checchè ne dica il codice istesso (art. 1002). L'oratore del Tribunato si domanda perchè il codice tratti delle successioni prima di parlare delle donazioni, dei testamenti e dei contratti. Siméon risponde che ciò avviene perchè le successioni sono regolate e deferite dalla legge. Occorre che venga stabilito quello che essa *vuole,* egli dice, prlma che si statuisca intorno a quanto essa *permette.* La successione è una specie di *continuazione del dominio del defunto in favore dei suoi più prossimi parenti.* Essa opera una mutazione di proprietà minore di quella che si verifica nelle donazioni tra vivi, testamentarie, o nelle obbligazioni (3). Ma questo è precisamente l'ordine d'idee delle consuetudini e dei loro interpreti, Domat e Bourjon. Il legato si fa per *permis-*

---

(1) NICIAS GAILLARD, nella *Revue critique de jurisprudence*, 1852, p. 252. DEMOLOMBE (t. XIII, p. 104, n. 80) è del medesimo parere.
(2) DOMAT, *Lois civiles*, 2.ª parte, lib. 1, t. I, p. 332.
(3) SIMÉON, Relazione, n. 6 (LOCRÉ, t. V, p. 131).

sione, per indulgenza del legislatore; mentre la volontà della legge è che l'erede del sangue conservi i beni di cui aveva già una specie di proprietà durante la vita di colui al quale succede. La legge attribuisce altresì una marcata preferenza agli eredi legittimi; se sono riservatari, essa accorda loro il possesso di diritto, ancorchè vi fosse un legatario universale. Ecco la legge, o il sangue, o l'erede di Dio, di fronte all'uomo ed alla sua volontà. Chi prevale? L'erede di Dio. Il codice fa una concessione al potere che ha l'uomo di disporre dei suoi beni. Se egli non lascia alcun riservatario, il legatario universale avrà il possesso di diritto. Ma se il defunto non ha istituito che legatari a titolo universale, il principio consuetudinario riprende il suo impero: gli eredi legittimi avranno il possesso di diritto quantunque il testatore li abbia esclusi. Si direbbe che la legge organo dei diritti del sangue, protesti contro l'arbitrio dell'uomo.

480. La qualità d'erede del sangue ha dunque importanza, anche sotto il rapporto del diritto positivo. Ecco perchè, non ostante la regola d'interpretazione stabilita dall'art. 1002, il codice conserva una differenza nelle denominazioni: esso non dà mai il nome di eredi ai legatari e non accorda loro il possesso di diritto che in via d'eccezione. È questa la formola d'un principio fondamentale del nostro sistema successorio. La successione deferita dalla legge è la regola, quella deferita dalla volontà del defunto è l'eccezione. Nel diritto consuetudinario, questa differenza era ben più accentuata di quello che non lo sia oggidì. Quasi tutte le consuetudini limitavano il potere di testare non permettendo di disporre di tutti i beni per testamento. Talune restringevano la facoltà di disporre per qualunque specie di beni. Le altre, ed erano il maggior numero, non stabilivano limiti che pei beni immobiliari, lasciando al testatore piena libertà riguardo ai mobili ed agli acquisti: moltissime fra queste ultime, non permettevano di disporre che della quinta parte dei beni reeditari (1). Queste restrizioni sono assai notevoli: esse rivelano lo spirito del diritto consuetudinario. I beni ereditari sono precisamente quelli che Domat chiama gli accessori della vita. Essi appartengono piuttosto alla famiglia che a colui che ne ha la detenzione attuale; il figlio vi ha dunque diritto sol perchè nasce in una famiglia determinata: è Dio che lo ha fatto nascere in quella e l'uomo non può contravvenire alla legge divina.

Queste restrizioni sono scomparse; il codice non limita la facoltà di disporre che nel caso in cui il defunto lasci figli o discendenti. Ma lo spirito che ispirava le consuetudini è sempre quello del codice. Domat, pur dicendo che i diritti degli eredi e quelli dei legatari sono a un dipresso identici, stabilisce però

---

(1) Guy Coquille, *Institution au droit français, des Testamentes*, p. 96

delle differenze fra le due specie di successioni; la prima e la più importante, secondo lui, è che la legge che accorda la facoltà di testare costituisce come un'eccezione alla legge naturale e generale che chiama alla successione i più prossimi parenti. Domat assegna a questa differenza un'origine che la pone al di sopra di ogni contestazione come di ogni mutazione, cioè l'autorità di Dio. L'ordine delle successioni *ab intestato*, egli dice, è così giusto e naturale che venne stabilito dalla stessa legge divina: invece quello dei testamenti non ha altra origine che la volontà degli uomini. É per questo concetto che le consuetudini non riconoscevano altri eredi all'infuori di quelli della famiglia. Domat ne deduce questa regola che domina il sistema successorio: cioè che le successioni testamentarie sono come eccezioni alla legge naturale delle successioni legittime, e che la libertà di disporre dei propri beni mediante un testamento in favore di persone diverse dagli eredi del sangue, e sovratutto il potere d'istituire altri eredi, è come una dispensa dalla regola universale che chiama a succedere gli eredi legittimi (1).

Su questo punto Domat è d'accordo con l'oratore del Tribunato. Se la successione deferita dalla legge è la regola, si è perchè la legge l'ha istituita, e lo ha fatto conformandosi alla volontà di Dio, che accorda insieme la vita ed i beni a coloro che fa nascere in seno alle diverse famiglie. La legge è più saggia dell'uomo, dice Bourjon. Conviene dunque che l'uomo rispetti l'ordine delle successioni come fu determinato dalla legge. A che pro allora i testamenti? si dirà. Bourjon ha risposto dianzi alla nostra questione: i legati non debbono essere l'abolizione della legge naturale che chiama a succedere gli eredi del sangue, non debbono esserne che un supplemento. Ecco perchè le consuetudini non ammettevano che vi fosse un legatario universale, val dire un erede istituito per testamento; esse non tolleravano che legati particolari, a titolo di ricompensa e come prove di affetto o di beneficenza. Ora siccome la massima consuetudinaria che la successione stabilita dalla legge è la regola, è pure principio accolto dal codice civile, bisogna dire che nel concetto di questo, come in quello delle consuetudini, il sangue crea gli eredi, la volontà dell'uomo non può istituire che dei legatari; la qualità di erede risale dunque a Dio.

481. Vi è una teorica sulle successioni legittime che sembra procedere da un principio del tutto opposto. La successione, si dice, è il testamento presunto del defunto, nel senso che la legge deferisce i beni nel modo istesso che avrebbe fatto il

(1) Domat, *Des lois civiles*, 2.ª parte, lib. 1.°, Prefazione, n. 8, p. 328, e libro 2.°, in principio, p. 380.

defunto qualora avesse testato. Questa teoria risale a Grozio. Egli parte dal principio che qualunque trasmissione di proprietà dipende dalla volontà dell'uomo. La volontà è *espressa* nei contratti e nei testamenti, è *presunta* nelle successioni *ab intestato;* siccome non può certo presumersi che il defunto abbia inteso di abbandonare i suoi beni al primo occupante, si deve supporre che abbia voluto lasciarli alle persone chiamate dalla legge, il che viene a dire che il legislatore deve attribuirli a colui al quale è più probabile che il defunto li avrebbe attribuiti dopo la sua morte. Ora, la volontà espressa prevale sempre sulla presunta; adunque la regola sta nel testamento. Si dirà forse che, nel concetto di Grozio, sia la volontà arbitraria dell'uomo quella che dispone dei suoi beni? No, certamente. Quando il defunto non ha testato, non ha espresso alcun volere: che cosa si supporrà in questo caso? Si presumerà che ciascuno abbia voluto quello che è più giusto e più onesto (1). Tale ragionamento attribuisce un significato ben diverso alla dottrina di Grozio. Pufendorf l'ha sviluppata e spiegata dicendo che quando il legislatore presume la volontà del defunto, non la suppone già quale realmente fu, ma quale avrebbe dovuto essere. La legge adunque definisce le successioni, non già secondo la *volontà* dell'uomo, ma secondo i suoi *doveri* (2). Così interpretata, la teoria di Grozio è identica a quella di Domat e del diritto consuetudinario. La legge è più saggia dell'uomo, dicono gl'interpreti delle consuetudini; essa distribuisce i beni secondo la vocazione della natura, val dire in conformità alla giustizia eterna. L'uomo s'inchina a questa giustizia, la quale non è che la volontà di Dio; ecco come ad onta della facoltà di testare, la successione legittima, nel fatto, è la regola, e la successione testamentaria l'eccezione. Ciò vuol dire, in ultima analisi, che l'ordine delle successioni è fondato sui doveri dell'uomo (3).

482. È questa pure la teorica del codice civile? Prima di rispondere alla questione, è mestieri che ci facciamo ad interrogare il diritto romano. È risaputo, e noi lo diremo più innanzi, che il sistema successorio consacrato dal codice è una transazione tra il diritto consuetudinario e il diritto romano. Noi conosciamo la tradizione consuetudinaria, bisogna pur che ascoltiamo i giureconsulti di Roma; allora solamente potremo giudicare se gli autori del codice si siano ispirati più all'una che all'altra tradizione. Il diritto successorio dei Romani differisce completamente da quello delle consuetudini: si direbbero due diritti affatto contrari. Apriamo le Dodici Tavole; noi vi troviamo questa formola imperativa: « Ciò che il padre di famiglia

(1) GROTIUS, *De jure belli*, II, 6, 13.
(2) PUFENDORF, *Droit de la nature*, traduzione di BARBEYRAC, t. II, p. 344.
(3) Confronta TOULLIER, II, 2, n. 128 e 129, ediz. DUVERGIER.

avrà disposto nel suo testamento farà diritto ». È la volontà dell'uomo che crea la legge; egli ha un potere illimitato, assoluto, di istituire erede chiunque voglia (1). Ecco, in apparenza, il contrapposto delle consuetudini; la successione non è più fondata sopra un dovere, non è più la legge che, a ragione della sua saggezza, prevale sulla volontà dell'uomo; la volontà del padre di famiglia fa legge. In mancanza di testamento, vi è, per vero, una successione *ab intestato;* ma anche questa dipende dalla volontà del padre di famiglia, è sempre una derivazione del suo potere assoluto. Quali sono i primi eredi chiamati a succedere? Sono gli eredi *suoi;* si chiamano così per dinotare che si trovano sotto la potestà immediata del padre di famiglia al momento della sua morte: non è dunque la famiglia naturale, quella del sangue, che Iddio istituisce, ma una famiglia fattizia che si estende o si restringe per volontà del suo capo che ne è assoluto padrone; vi si comprendono i figli adottivi, mentre ne sono esclusi gli emancipati. E se i figli succedono non è perchè la natura lo vuole, ma perchè tale è il beneplacito del padre di famiglia. Diciamo il suo beneplacito, perchè è in sua facoltà di diseredare i suoi figli: egli poteva ucciderli, dice il giureconsulto Paolo, a maggior ragione poteva dunque diseredarli (2).

Il diritto primitivo di Roma si modificò; l'equità, la natura vi penetrarono, ma non si potè dir mai che la successione legittima costituisse la regola ed il testamento l'eccezione: il testo delle Dodici Tavole sussisteva sempre. Era dunque l'uomo che creava i suoi eredi, non Dio. In quest'ordine di idee, la successione *ab intestato* era un'eccezione che non aveva luogo, come dice la parola, se non in difetto di testamento. Questa successione adunque doveva essere regolata conformemente alla volontà del testatore: si poteva dire alla lettera che la successione legittima era il presunto testamento del *de cuius.*

483. La dottrina del diritto romano ha creato delle illusioni. Si è tanto abituati a scorgervi la ragione scritta! Domat, grande ammiratore delle leggi romane, crede che la successione degli eredi suoi riproducesse la regola consuetudinaria che considera i figli come comproprietari dei beni cui succedono. « I beni dei genitori, egli dice, erano propri ai loro figli, e quelli dei figli propri ai loro genitori, per conseguenza riguardavano la loro successione reciproca non tanto come una eredità che lor facesse acquistare un nuovo diritto quanto come una continuazione di quello che sembrava, con perfetta reciprocanza, rendere gli

---

(1) ULPIANUS, XI, 14, L. 120 D., *De verb. sign.* « *Verbis legis XII Tabularum his:* UTI LEGASSIT SUAE REI ITA IUS ESTO, *latissima potestas tributa videtur, heredes instituendi* ».

(2) « *Licet eos exheredare, quos et occidere licebat* ». PAOLO, t. II, D., *de lib. et post* (XXVIII, 2).

uni padroni dei beni degli altri (1). Ciò è scritto infatti, nel Digesto (2), ed a prima vista si crederebbe di trovarsi di fronte alla comproprietà del diritto germanico. Ma quale differenza fra lo spirito dei due diritti! Vi è un abisso. A Roma, l'idea predominante, così nella famiglia come nello Stato è quella della potenza. Presso i Germani invece fondamento del diritto di successione e vincolo della famiglia è il principio del dovere. Il dovere implica nell'erede un diritto: nè ve n'ha alcuno più sacro di questo perchè deriva la sua origine da Dio. Uno scrittore moderno si è lasciato ingannare dalle apparenze. Taulier scrive sembrargli che il segreto del *dispotismo testamentario* delle Dodici Tavole stia nel valore individuale dell'uomo che i primi Romani esaltavano al più alto grado (3). Strano errore, che vien tuttavia condiviso da tutti gli altri ammiratori di Roma! La individualità è la più alta espressione di quanto chiamiamo libertà: or, come mai la *libertà* procederebbe dal *dispotismo?* Domat, il quale ha pure una speciale predilezione pel diritto romano, secondo il quale egli scrive, lo ha giudicato assai meglio.

Domat nega che l'uomo abbia il potere assoluto di disporre dei suoi beni, poichè l'equità naturale chiama i parenti più prossimi alla successione. Bisogna tener dunque come regola generale che i beni del defunto debbon trasmettersi agli eredi, salvo che non vi sia una giusta causa per privarneli. Perciò Domat conservava come regola la successione *ab intestato*, poichè quella testamentaria non deve essere che l'eccezione. Egli ne conclude che se il legislatore consacra il diritto di testare, non è perchè egli intenda lasciare una libertà sconfinata di disporre giustamente od ingiustamente, a capriccio. Il diritto di testare non è concesso se non colla condizione che le clausole d'un atto così serio siano ragionevoli. Soltanto siccome è impossibile d'apprezzare con esattezza i motivi che il testatore ha potuto avere per allontanarsi dall'ordine legale delle successioni, fu necessario di dar validità ai testamenti ancorchè sembrassero contrarii all'equità naturale che deve regnare nella trasmissione dei beni per via d'eredità. Secondo il concetto della legge però, il diritto di testare è giusto sol quando lo si eserciti conformemente a questa massima di equità.

Domat si fa più innanzi ad avvertire che i due diritti i quali, all'epoca in cui egli scriveva, avevano vigore nella Francia, regolavano le successioni in modo affatto diverso: il diritto romano lascia a ciascuno piena libertà di disporre come il vo-

---

(1) DOMAT, *Lois civiles*, 2.ª parte, libro I, PROUDHON, n. 4, p. 324.

(2) L. 11, D., *de lib. et post.* (XXVIII, 2): « *In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur* ».

(3) TAULIER, *Théorie du code civil*, t. III, p. 37 e seg.

lere gli detti; le consuetudini, al contrario, non consentono al privato di porre in non cale la naturale equità che chiama i più prossimi congiunti alla successione, ma hanno limitata la facoltà di disporre per ogni sorta di persone indistintamente, pensando, come dice Bourjon, che la legge è più saggia degli uomini. Di questi due sistemi quale è il migliore? Domat giudica meravigliosamente lo spirito delle leggi romane: « Sembra, egli dice, che questa libertà generale e indefinita di disporre di tutti i suoi beni, sia stata una conseguenza di quello spirito di *dominazione* che traspare in tutto il procedere dei Romani fin dalla loro origine, sia riguardo agli altri popoli che essi avevano assoggettati, sia riguardo alle loro proprie famiglie, in cui esercitavano un diritto assoluto di vita e di morte non soltanto sugli schiavi, ma anche sui figli. Secondando questi principii, essi si erano accordata la libertà di disporre a beneplacito di tutti quanti i loro beni e di privarne senza alcuna ragione, non soltanto i più prossimi congiunti, ma gli stessi loro figliuoli » (1).

484. Così la pretesa *libertà* ad altro non si riduce che alla potestà assoluta del padre di famiglia, val dire al *dispotismo*. Il concetto delle consuetudini era quello di conservare i beni nelle famiglie. Domat dice con quali mezzi diversi esse cercassero di raggiungere questo scopo. Lo studio assiduo delle leggi romane lo ha reso tenero per l'unità; egli vorrebbe una medesima regola per tutte le provincie, e se avesse dovuto formularla, avrebbe data certamente la preferenza al diritto consuetudinario. Questa rivoluzione che Domat non osava sperare si è compiuta nell'89. Ci rimane a vedere se lo spirito del codice civile è quello di Roma o quello delle consuetudini. Noi abbiamo già risposto al quesito. L'idea della potestà è sconosciuta al nostro codice: quelli che l'hanno redatto si sono ispirati alla equità consuetudinaria, e non al rigore romano. Noi abbiamo già avvertita questa filiazione trattando della patria potestà (2). La ritroveremo nel sistema delle successioni. Ed anzitutto, qual'è il principio dominante del nostro ordine successorio? Quale delle due forma la regola, la successione *ab intestato* o la testamentaria?

L'oratore del governo che ha esposto i motivi del titolo delle *Successioni* si esprime come Grozio, e noi abbiamo veduto che la dottrina di Grozio è in sostanza quella di Domat, quella, cioè, delle consuetudini: « Il legislatore chiamato a tracciare un ordine successorio deve penetrarsi di tutti gli affetti *naturali* e *legittimi:* egli dispone per tutti coloro che muoiono senza avere espressa la loro volontà. La legge presume che

(1) DOMAT, *Des lois civiles*, 2.ª parte, libro 1, Prefazione, n. VI e VII, p. 326 e seg.

(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 258-259.

essi non abbiano avuto altro volere che il suo, essa deve dunque statuire in quel modo pel quale si sarebbe pronunziato il defunto stesso nell'ultimo istante di sua vita, se lo avesse potuto o voluto » (1). Affermando che la successione *ab intestato* è il testamento presunto del *de cuius*, Treilhard non intende dire che il legislatore debba piegarsi ai capricci ed alle passioni dell'uomo. Ciò sarebbe impossibile; poichè la legge è una regola generale, e le passioni umane variano all'infinito. Domat dice ancora che deve regnare nella famiglia la legge d'amore, ma è l'amore regolato dalla ragione, inspirato dal sentimento del dovere, o, come dice Treilhard, l'affezione *naturale* e *legittima* del defunto per i suoi congiunti più prossimi, gli eredi del sangue, che Iddio stesso gli ha dati. Chabot, relatore del Tribunato, si esprime nel medesimo senso (2). Sotto l'antico regime, in conseguenza dello spirito aristocratico che dominava l'ordine politico, gli affetti naturali e legittimi si erano singolarmente alterati: il primogenito dei figli, il maschio assorbiva quasi tutta l'eredità, le figlie venivano relegate in un chiostro quando colla dote meschina non trovavan marito, ed i cadetti erano incorporati all'esercito. Dovrà il legislatore rispettare questo principio di diseguaglianza che dura ancora in molte famiglie? Al contrario, egli bandisce qualunque privilegio dall'ordine delle successioni, e lo regola non secondo le passioni degli uomini, ma secondo la *natura* e la *giustizia*: sono parole di Chabot.

Il legislatore francese non è rimasto sempre fedele a questo spirito di giustizia naturale. Gli si rimproverò vivamente d'aver relegato il coniuge superstite fra i successori irregolari; noi ritorneremo su questa censura a cui tutti ci associamo. Ma questa non è che un'eccezione, una macchia, se si vuole, per dir meglio, un malinteso, come vedremo. È però sempre vero il codice segue generalmente l'ordine degli affetti naturali, come era inteso da Domat. Si è detto che gli autori del codice siano venuti a transazione fra le due giurisprudenze che regnavano in Francia; noi diremo or ora in qual senso ciò sia vero. Quello che importa di notare è che la transazione si è compiuta sotto l'influenza della tradizione consuetudinaria. Qual'è il carattere distintivo del nostro sistema successorio? È questo che l'eredità devoluta agli ascendenti ed ai collaterali si divide per linee; i paesi di diritto scritto ignoravano questo principio, che venne imposto loro dalla nuova legislazione. Donde esso deriva? Dalle consuetudini. Toullier dice che tanto questa divisione per linee quanto l'esclusione delle femmine provano all'evidenza che la successione *ab intestato* non è basata sul presunto affetto del defunto (3). No, certamente, se con ciò si

---

(1) Treilhard, Esposizione dei motivi, n. 2 (Locré, t. V, p. 90).
(2) Relazione di Chabot al Tribunato, n. 12 e 24 (Locré, t. V, p. 107 e 115).
(3) Toullier, II, 2. n. 152. pag. 91, ediz. di Duvergier.

vuole intendere l'affezione del defunto verso i suoi più prossimi parenti. Sì, se per mezzo di questa legge d'amore si comprende la legge del dovere così come la spiegava Domat. I beni appartengono agli eredi del sangue: Iddio li chiama ad essi, e la legge del dovere vince gli affetti particolari. Ecco il principio fondamentale del nostro ordine successorio. Domina adunque in esso un'idea morale, quella del dovere, ed è per ciò appunto che esso ha la palma sul diritto romano il quale non conosceva che l'idea di potestà. Tuttavia è pur vero che gli autori del codice hanno attinto altresì alla legislazione romana, come vedremo. Per ora ci limitiamo ad osservare che il codice non riproduce le restrizioni che le consuetudini avevano apportate alla facoltà di testare. Salvi i diritti dei riservatari, la libertà del testatore è illimitata. È questo il principio romano. Se lo si spinge all'estremo, diviene incompatibile col diritto degli eredi del sangue che domina nella successione *ab intestato*. La conciliazione non è possibile se non quando si ammetta con Domat che la successione *ab intestato* è la regola e la testamentaria l'eccezione. È la conciliazione del dovere col diritto. Il dovere va innanzi tutto: il diritto non deve esser altro che un mezzo per compiere il dovere.

CAPITOLO III.

LA SUCCESSIONE ROMANA E LA SUCCESSIONE CONSUETUDINARIA.

485. Fino alla pubblicazione del codice civile, la Francia era divisa in regioni di diritto scritto ed in regioni di diritto consuetudinario. Nelle prime si osservava il diritto romano, e, per quanto concerne le successioni, il sistema istituito da Giustiniano nella Novella 118. Nelle altre, si seguivano le consuetudini, le quali variavano tanto in materia di successione come in qualunque altra, da città a città. Vi erano tuttavia dei punti comuni, tutti improntati dello spirito germanico, ma profondamente modificato dal feudalismo e dal regime aristocratico che dominava in Francia prima della rivoluzione. Gli autori del codice civile attinsero al diritto romano ed alle consuetudini: donde un lavoro di transazione che non si può comprendere se non quando si conoscono almeno le linee generali dei due sistemi successori che governavano l'antica Francia.

§ I. — *Il sistema romano.*

486. La Novella di Giustiniano chiama successivamente alla eredità tre classi di parenti: i discendenti, gli ascendenti ed i

collaterali. Questo è pure il principio del codice civile: le successioni si deferiscono per ordini, che sono appunto quelli del diritto romano (art. 731). È la stessa legge di natura che attribuisce i beni del defunto ai suoi figli, in loro difetto agli ascendenti, indi ai collaterali. In seno a ciascun ordine, la prossimità del grado decide della preferenza: il più prossimo esclude il più remoto, senza distinguere la linea cui appartengano. Non si fa neppur distinzione circa la natura o l'origine dei beni: si diceva non esservi vincolo di parentela fra le cose, ma solo fra le persone. Tutti i beni che possedeva il defunto, mobili ed immobili, acquisiti o *proprii*, non formavano che una sola massa, un sol patrimonio; e questo spettava al parente più prossimo, secondo l'ordine cui apparteneva e secondo il suo grado di parentela, senz'alcun privilegio di sesso nè di età.

487. Nulla è più semplice che quest'ordine successorio. Portalis ne ha fatto un grande elogio dichiarando che la Novella di Giustiniano era intieramente compilata giusta la legge di convenienza e di equità naturale (1). Egli scorda le giuste pretese delle famiglie non tenute in verun conto dal diritto romano. Se il defunto muore lasciando nella sua eredità soltanto beni provenienti dalla sua famiglia paterna, chi succederà? In mancanza di discendenti ed ascendenti, sarà il collaterale più prossimo. Se questi è un parente per parte di madre, acquisterà tutti i beni che provengono esclusivamente dalla famiglia paterna. Non è questa in diritto di reclamare? Tale ordine non è certo equo, nè può farsi risalire a Dio stesso: i collaterali che appartengono alla famiglia paterna, vi trovarono dei beni accessori della vita, secondo l'espressione di Domat, ed ecco che un estraneo viene a toglierli loro! Il diritto romano disconosceva gl'interessi delle famiglie; vedremo che le consuetudini invece danno loro piena soddisfazione.

§ II. — *Il sistema consuetudinario.*

N. 1. — Il principio.

I. — I diritti della famiglia.

488. Si legge nelle *Istituzioni consuetudinarie* di Loysel: *finchè esiste il ceppo, non v'ha diramazione.* Ciò vuol dir forse, continua Loysel, che, finchè dura la linea retta, non si fa luogo a quella collaterale? (2) L'ordine dei discendenti è così naturale, che non vi è alcuna differenza al riguardo fra il diritto

(1) PORTALIS, Discorso preliminare, n. 96 (LOCRÉ, tomo I, p. 182).
(2) LOYSEL, *Institutes coutumières*, libro 3, tit. V, regola 7.

romano e le consuetudini; i figli conseguono tutta quanta l'eredità, senza distinguere la natura nè l'origine dei beni, distinzione che non avrebbe ragione d'essere riguardo a loro, poichè appartengono ad entrambe le famglie. Vi erano altre distinzioni le quali risultavano dai privilegi di primogenitura e di sesso; queste ineguaglianze, così contrarie allo spirito del diritto romano, erano riuscite a penetrare anche nei paesi di diritto scritto: prova questa che esse erano dovute a cause politiche e sociali d'irresistibile potenza. Noi le esporremo più innanzi.

489. Quando non vi erano discendenti, la successione era deferita agli ascendenti ed ai collaterali, non secondo la prossimità della parentela, ma secondo la natura dei beni, ed in modo che gli immobili ritornassero sempre alla famiglia dalla quale erano pervenuti al defunto. Distinguevansi a questo effetto i beni in mobili ed immobili, e gl'immobili in acquisiti ed ereditarii. La grande preoccupazione delle consuetudini era di conservare gli immobili alle rispettive famiglie; facevasi poco caso de'mobili: del che abbiamo detto altrove la ragione (1). Secondo una regola universalmente ammessa dalle consuetudini, gli immobili che il defunto aveva ricevuti dalla sua famiglia paterna erano attribuiti ai parenti paterni; si attribuivano invece a quelli della linea materna i beni che il defunto aveva ereditati dalla famiglia materna. Tale è il significato della celebre massima: *paterna paternis, materna maternis*. Questa però non si applicava che ai beni *proprii*. I *proprii*, dice Pothier, sono i fondi dei nostri antenati o d'altri parenti che ce li trasmisero per successione o per qualche titolo alla medesima equivalente. I fondi che non sono propri, si chiamano *acquisiti*, qualunque sia il modo con cui siano entrati nel patrimonio del *de cuius*. Era una questione che le differenti consuetudini risolvevano diversamente, quella di sapere a quali parenti bisognava attribuire i beni propri paterni e materni: le une che dicevansi *discendentali* (*souchères*), risalivano sino a colui che pel primo aveva acquistato l'immobile, e lo attribuivano a coloro che discendevano dal primo acquirente: altre, ed erano il maggior numero, lo deferivano non solo ai discendenti, ma a tutti i parenti di colui che l'aveva originariamente acquistato: si dicevano consuetudini *di lato e di linea* per indicare che bastava essere parente per succedere nei propri (2).

490. Dice Loysel nelle sue *Istituzioni consuetudinarie:* « I propri non risalgono, ma ritornano ai più prossimi parenti della parte di cui sono pervenuti al defunto » (3). Si concluse da ciò che gli ascendenti non succedevano nei propri. Ciò è troppo

(1) Vedi il t. II dei miei *Principii*, n. 179.
(2) POTHIER, *Introduction aux coutumes*.
(3) LOYSEL, *Institutions coutumières*, libro 2.°, t. V. regola 16.

assoluto. Era così nell'antico diritto consuetudinario; la consuetudine dell'Alvergna giungeva perfino a dire che gli ascendenti non succedono ai discendenti. « Oggidì, dice Pothier, questa regola altro non significa, se non che il fondo proprio d'una famiglia non risale punto agli ascendenti d'un'altra famiglia; che il padre e gli altri ascendenti paterni sono in conseguenza esclusi dalla successione dei beni propri materni dai parenti collaterali della famiglia cui questi beni propri sono affetti, per quanto si trovino lontani di grado: e reciprocamente, la madre e gli ascendenti materni sono esclusi dal succedere nei beni propri paterni e dai parenti collaterali della famiglia paterna » (1). Sempre però, in applicazione di questa regola, un parente collaterale del defunto, lontanissimo ed ignoto, conseguiva i beni in preferenza del padre o della madre, ciò dimostra che il fondamento del diritto di successione non era l'affetto del *de cuius*, ma piuttosto il dovere, dal momento che i parenti, per quanto lontani, hanno diritto ai beni della famiglia in cui entrano come accessorio della vita; ora il dovere prevale sull'affezione.

491. Quanto ai mobili ed agli acquisti, non si consideravano come beni della famiglia, i mobili perchè passavano troppo facilmente dall'una all'altra mano, gl'immobili perchè erano entrati nella famiglia soltanto in forza d'una vendita o d'altro contratto, e ne potevano uscire novellamente; questi beni rispetto al primo erede erano reputati *propri nascenti;* alla seconda generazione soltanto prendevano radice nella famiglia. Prima di quest'epoca venivano attribuiti, qua agli ascendenti, là agli ascendenti in concorso coi fratelli e le sorelle del defunto. La successione nei mobili ed acquisti, deferita secondo il principio romano della prossimità di parentela, soddisfaceva ad un altro dovere del defunto, quello di provvedere ai bisogni de'suoi più prossimi. Vi era tuttavia questa differenza tra la successione romana e la consuetudinaria, che cioè questa teneva conto dell'interesse delle due famiglie, pur dividendo i mobili ed acquisti tra i più prossimi parenti; in generale la divisione facevasi per metà tra le linee paterna e materna del defunto.

II. — I privilegi.

492. I privilegi in materia di successione derivano tutti dallo spirito feudale od aristocratico. Si comprende che si accordi a taluni eredi un privilegio, allo scopo di conservare le grandi fortune, base incrollabile che sembrava dare alle famiglie nobili la stessa solidità del suolo. Ma fa vera meraviglia a vedere

(1) POTHIER, *Traité des successions*, cap. II, art. 2.

che altre consuetudini annettevano un privilegio, vale a dire una successione speciale ai beni nobili: si domanda se una gleba può essere nobile od ignobile. Gli è che il carattere distintivo del regime feudale era precisamente quello di tenere avvinta la sovranità al possesso del suolo; quando il feudalismo politico scomparve, lo spirito che l'animava persistè nel feudalismo civile. Donde questa singolare divisione dei beni in nobili ed ignobili, di guisa che vi era una successione particolare per i nobili e per i plebei. Ma bisognava guardarsi dal credere che vi fossero regole generali, eguali dappertutto, per i privilegi che scaturivano dalla qualità delle persone o dei beni. Ciò che distingue al contrario, il feudalismo e tutte le istituzioni politiche e civili che vi si rannodano, è una infinita varietà. Mentre talune consuetudini volevano che i beni posseduti nobilmente si dividessero in un modo e quelli plebei in uno diverso, altre confondevano le due specie di beni. Le une non accordavano il diritto di primogenitura che ai nobili, le altre lo concedevano a tutti. Uguali divergenze esistevano pure nei dettagli: vi erano consuetudini che non ammettevano il diritto di primogenitura che in linea retta, altre lo estendevano alla collaterale, e così di seguito (1).

493. Le consuetudini variavano altresì all'infinito circa l'esclusione delle femmine. Ecco un'ineguaglianza che è in piena opposizione col diritto, che ciascun figlio colla nascita acquista sovra i beni della famiglia dove lo colloca Iddio. Come il privilegio della progenitura, così l'esclusione delle femmine non si spiegano coll'affetto. Constatiamo anzitutto i fatti, vedremo in seguito quale ne sia stata la ragione determinante. La tendenza generale delle consuetudini era di escludere le femmine nell'interesse delle famiglie le quali si perpetuavano nei maschi mentre si estinguevano colle femmine. Vi erano del resto innumerevoli differenze di dettaglio. Qui il padre nobile aveva soltanto il diritto d'escludere la propria figlia: tale era senza dubbio il diritto primitivo. Il privilegio finì per estendersi ai plebei. Ma perfino in seno all'ineguaglianza si conservò il principio della parità di trattamento; perchè la figlia fosse esclusa, si pretendeva che avesse ricevuta una dote. Chi doveva dotare? Il padre soltanto? ovvero il padre e la madre? La dote escludeva altresì dalle successioni collaterali? quale era la quota della dote? Su quest'ultimo punto disgraziatamente la maggior parte delle consuetudini erano concordi contentandosi della dote più modesta, fosse anche « una corona di rose ». Non sdegniamo però la corona di rose, la quale è una protesta in favore dell'uguaglianza, che finirà per prevalere sui privilegi aristocratici.

---

(1) CHABOT, Relazione al Tribunato, n. 34 (LOCRÉ, t. V, p. 114).

494. Vi era un'altra successione privilegiata che dipendeva unicamente dalla volontà del defunto; cosa strana in un ordine di idee che escludeva l'arbitrio dell'uomo, subordinandolo alla saviezza della legge. Erano le sostituzioni fedecommessarie perpetue. Il capo di famiglia immobilizzava il suo patrimonio, lo rendeva inalienabile per le generazioni future, per assicurare lo splendore della sua casa contro la mobilità delle passioni umane. In apparenza non è più la legge che crea l'erede ma l'uomo. In realtà, se l'uomo impone la sua volontà anche all'avvenire, è per meglio garantire la conservazione del patrimonio nel seno della sua famiglia. In questo senso, le sostituzioni erano in armonia con lo spirito del diritto consuetudinario.

N. 2. — Apprezzamento

I. — Della comproprietà di famiglia.

495. Tali sono le linee generali della successione consuetudinaria. Su qual principio essa si basa? La sua radice deve trovarsi nelle costumanze germaniche, perchè è affatto particolare ai popoli di razza germanica. Uno scrittore alemanno, la cui autorità in Francia è grande, Zachariae, risponde che la successione consuetudinaria era fondata sull'idea di una comproprietà di famiglia che esisteva nell'antico diritto germanico e che da questo passò nelle consuetudini. Ecco come egli definisce questa comproprietà. I diversi membri d'una stessa famiglia erano considerati come comproprietari per la totalità degli immobili che ciascuno di essi aveva conseguiti nelle eredità dei loro comuni parenti. Questa comproprietà non era un diritto attuale, nel senso che ciascun parente avesse il diritto di disporre e godere della cosa, ma si verificava soltanto al decesso di colui che possedeva i beni propri della famiglia a titolo d'erede; e non si avverava che a vantaggio dei parenti chiamati all'eredità secondo l'ordine delle successioni (1).

Noi ritorneremo su questa idea di comproprietà trattando del possesso di diritto. Zachariae le dà una estensione troppo grande e le attribuisce un'influenza esagerata. Tuttavia, così come noi l'abbiamo or definita, si può accettarla. Domat, quantunque estraneo agli studi germanici, interpreta il possesso di diritto nel medesimo senso. Si conosceva la massima consuetudinaria, formulata da Loysel in questi termini: « Il morto investe il vivo, cioè il suo più prossimo erede abile a succedergli » (2). I figli e gli altri discendenti, dice Domat, sono considerati in

---

(1) ZACHARIAE, edizione d'AUBRY e RAU, t. IV, § 588, p. 156.
(2) LOYSEL, *Institutions coutumières*, libro II, tit. V, regola 16.

qualche modo come padroni de' beni dei loro genitori, avi od avole, anche prima della loro morte. E quando questa avviene, non è tanto una successione acquisita ai figli quanto la continuazione di un diritto che avevano di già, con questa differenza tra un tal diritto e l'eredità, che mentre durante la vita dell'ascendente cui succedono essi partecipavano, per così dire, ai beni di lui, ed il possesso di questi li conservava loro, dopo la costui morte invece si trovano ad avere, da soli, il pieno diritto sopra tali beni » (1).

Nell'idea d'una comproprietà di famiglia, almeno tra prossimi parenti, come sono gli ascendenti e i discendenti, vi dev'essere certamente qualche cosa di vero, poichè la si trova nei giureconsulti romani dai quali l'ha attinta Domat. Col loro rigore abituale, essi non dicono già che gli eredi *suoi* fossero durante la vita di colui al quale succedono comproprietari dei beni che ereditano, ma affermano però trattarsi d'una specie di continuazione del dominio che apparteneva al defunto (2). Questo diritto ai beni che si continua dopo la morte del defunto a favore dei suoi più prossimi parenti, non è l'espressione materiale della solidarietà che unisce i membri d'una medesima famiglia? Che il sangue sia un vincolo, non lo si è mai contestato. Quelli che riconoscono una causa prima ed una Provvidenza non negheranno neppure che il vincolo del sangue che unisce i membri d'una famiglia si rannoda a Dio. Si limita esso alla parentela? ovvero la parentela deve avere delle conseguenze in quanto concerne i beni materiali? Qui ancora la voce dell'umanità risponde con Domat che Iddio largisce i beni come accessorio della vita, noi diremmo oggidì come mezzo di sviluppo intellettuale e morale.

496. Presso i popoli di razza germanica, la proprietà famigliare si manifestava anche durante la vita del possessore attuale dei beni proprii, ed ebbe un lungo eco nelle diverse istituzioni consuetudinarie che si rannodano all'eredità. La base istessa della famiglia è affatto differente presso i Germani e presso i Romani. A Roma la famiglia si concentra nel suo capo, riposa sulla onnipotenza di lui: egli estende la famiglia con l'adozione, la distrugge con l'emancipazione. Anche i Germani riconoscevano una grande autorità al capo della famiglia, ma questa non ha più per base l'idea di potestà, sibbene il sangue, la nascita: l'elemento provvidenziale prende il luogo dell'arbitrio umano. Il capo non può togliere più al figlio, emancipandolo, i diritti che a lui la natura ha largito; similmente non può privarlo dei beni cui gli dà diritto la nascita nel seno della famiglia; non gli è permesso di disporre dei suoi beni con la sola sua vo-

(1) Domat, *Des lois civiles*, 2.ª parte, libro I, sez. II, n. 13.

(2) § 3, Instit., *de hered. quae ab intest.* (III, 1); L. 21, D., *de lib. et post.* (XXVIII, 2).

lontà, non può alienarli che col consenso de' suoi futuri eredi (1). I figli figurano negli antichi diplomi come parti necessarie, all'atto dell'alienazione dei beni proprii; e quando non vi avessero partecipato, avevano diritto d'agire per nullità. Noi ne citeremo un esempio, sotto molti aspetti curioso, della fine del secolo decimo. Un barone fonda un monastero a salvezza dell'anima sua, come voleva la formula; lo dota largamente, pensando che la sua liberalità verso la Chiesa avrebbe redenti i suoi peccati. Il fondatore pose alla testa del monastero, in qualità di abbadessa, una sua figlia. Ma ne aveva un'altra, la quale, non avendo consentito alla donazione, ne domandò e ne ottenne la nullità, giacchè nessuno poteva, secondo la legge sassone, disporre de' proprii beni senza il concorso dei suoi. Gli stessi collaterali, almeno i più prossimi, i fratelli e le sorelle, dovevano concorrere all'atto (2).

497. Questa antica usanza germanica si trova pure nelle più remote consuetudini tradizionali. La proprietà degli immobili non si trasferiva che mediante determinate forme solenni; era richiesto l'intervento degli *hoirs* (eredi), e ciò al medesimo titolo del possessore attuale. Tutti dovevano presentarsi innanzi al signore nella sua corte; gli eredi abdicavano al loro diritto a favore dell'acquirente e figuravano per conseguenza come venditori (3). Questo intervento degli eredi nell'atto d'alienazione dei propri non esisteva più quando le consuetudini furono redatte in iscritto. Esso si era trasformato nel *retratto di famiglia;* l'erede aveva il diritto di riscattare il bene proprio venduto, offrendo un prezzo eguale a quello promesso dal compratore. Il *retratto* suppone che il parente che lo esercitava avesse sul bene venduto un diritto di dominio di cui non poteva spogliarlo il possessore del fondo (4): era il quasi-dominio col quale Domat spiega il possesso di diritto. Quando si compilò il codice civile, l'idea d'una comproprietà di famiglia si era completamente dileguata o, se pur si voglia, trasformata, ma aveva lasciate tracce profonde nel diritto di successione consacrato dalle consuetudini: Treilhard, l'oratore del governo, dice che il desiderio di conservare i beni nelle famiglie, aveva fatto ammettere la distinzione de' beni proprii, vale a dire de' beni immobili, pervenuti per successione. Egli riannoda ancora a questo desiderio le restrizioni che le leggi ponevano alla facoltà di disporre dei beni proprii. « Il testatore, dice Treilhard, non poteva trasmet-

(1) *Lex Saxon.*, tit. XVII; ROTHARIS, lib. CLXXIII; *Lex Ripuar.*, tit. LIX.

(2) LABOULAYE. *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 105 e seg. Confronta GUERARD, *Cartulaire de Saint-Jere*, t. I, p. 103 della Prefazione e p. 222 e seg.

(3) Vedi l'*Ancien Coutumier d'Artois*, citato da LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, p. 137 e seg.

(4) GUY COQUILLE, *Institution au droit français* (*Du retrait lignager*, p. 89).

tere i proprii, o non poteva trasmetterne che una parte ben esigua: la legge gli assegnava un erede che non era in suo potere di escludere. Vi erano consuetudini più severe che interdicevano la disposizione, anche tra vivi, de' beni devoluti per successione. Tale era infine la tendenza a conservare i proprii nelle famiglie, che la disposizione di questi beni a titolo oneroso non era completamente libera; un parente poteva esercitare il retratto contro l'acquirente » (1). Donde ancora le rinuncie che si strappavano alle figlie nel loro contratto di matrimonio: « La ragione, dice Pothier, che ha fatto consentire queste rinuncie, fu la necessità di conservare i beni nella famiglia di colui alla successione del quale si fanno rinunciare le femmine a profitto dei maschi, al fine di sostenere con questo mezzo, lo splendore del casato » (2). Infine Domat spiega benissimo che la regola in virtù della quale i beni proprii non risalivano, aveva il medesimo fondamento; e questo scrittore così assennato, e d'una morale così severa, non esita a giustificare questa specie di esclusione. La regola che affetta i beni proprii alla famiglia dalla quale provengono, e che vieta che essi risalgano, ha il suo fondamento e la sua giustificazione nel medesimo diritto naturale che affetta i beni ai più prossimi. « Poichè, dice Domat, questo vincolo dei beni verso gli eredi del sangue riguarda naturalmente tutti quelli che sono della famiglia dalla quale i beni stessi sono derivati. Il che rende giusta la regola che priva gli ascendenti della proprietà dei beni proprii di un discendente venuto da altro lignaggio, affinchè i beni pervenuti da una famiglia non passino ad un'altra » (3). La spiegazione di Domat ci fa penetrare più profondamente lo spirito del diritto consuetudinario di quel che nol faccia quanto gli autori del codice civile chiamano il desiderio di conservare i beni nelle famiglie. È ben più che un semplice desiderio, è un diritto, ed il più sacro di tutti, poichè attiene al sangue ed alla nascita; il che lo fa risalire a Dio stesso. Domat ha dunque tratta dalle consuetudini la sua teorica di un diritto appartenente a colui che nasce in una famiglia sui beni che questa possiede: il diritto ai beni accessori della vita.

II. — Dei privilegi.

498. Gli antichi autori si trovano nell'imbarazzo quando ricercano l'origine delle regole che distinguono la successione consuetudinaria. Educati nello studio e nel culto del diritto romano, essi miravano a dare alle consuetudini l'autorità che

(1) TREILHARD, Esposizione dei motivi, n. 11 (LOCRÉ, t. V, p. 92).
(2) POTHIER, *Traité des successions*, cap. I, sez. II, § 3.
(3) DOMAT, *Lois civiles*, 2.ª parte, lib. I, Prefazione n. 4.

si annetteva al diritto romano, diritto che passava per la ragione scritta. Lebrun non esita a dire che la celebre regola *paterna paternis* era attinta al diritto romano (1). È un errore evidente, poichè i Romani ignoravano affatto la distinzione fra beni propri e beni acquisiti. Carlo Dumoulin, l'oracolo del diritto consuetudinario, dice che la regola *paterna paternis* è derivata dai Franchi e dai Borgundi e che un'ordinanza di Carlomagno la estese alla regione dei Sassoni (2). Dianzi si amava di riferire le istituzioni celebri a qualche grande legislatore; noi abbiamo ormai accertato che l'attività legislativa di Carlomagno venne di troppo esagerata: il diritto germanico era essenzialmente consuetudinario, le leggi medesime non erano che raccolte di consuetudini. Vi è tuttavia un'intuizione assai giusta nella spiegazione di Dumoulin, quando dice che, essendo le consuetudini di origine germanica, la tradizione consuetudinaria dovrà ricercarsi presso i Germani e non in Roma. Altri scrittori, e dei più autorevoli, come Basnage, attribuivano le singolarità delle successioni consuetudinarie all'influenza del regime feudale (3). Vi è del vero anche in questa opinione, la quale si concilia assai bene con quella di Dumoulin, poichè il feudalismo ha le sue radici nelle foreste della Germania, come ha detto Montesquieu. Ciò non vuol dire che il diritto feudale riproduca il diritto germanico in tutta la sua purezza; le influenze della conquista e del regime aristocratico che ne risultò modificarono profondamente le consuetudini primitive dei popoli del Nord. Donde i privilegi che ci sono così odiosi oggidì, ma che erano veduti con sommo favore nell'antico diritto.

499. Argou tratta in uno stesso capitolo *Del diritto di primogenitura* e *Della successione ai feudi*. Queste materie, egli dice, hanno tale affinità fra di loro che non abbiamo stimato opportuno separarle. Infatti è principalmente nei feudi che i primogeniti godono dello speciale diritto che altra cosa non è se non una porzione maggiore di quella degli altri eredi nella successione da dividersi (4). È certo che le leggi dei Barbari ignoravano il diritto di primogenitura, e Chabot nota che fu così sino all'avvento al trono della terza dinastia, quella dei Capetingi; a vero dire fu in quest'epoca che s'introdusse il regime feudale, e col feudalismo il privilegio dei primogeniti maschi. In principio si trattava piuttosto di una necessità politica che di un privilegio. I feudi differivano completamente dalla proprietà come era stata concepita dai Romani e come la consacrano le nostre leggi.

---

(1) LEBRUN, *Des successions*, lib. II, cap. I, sez. II, n. 8, p. 151.
(2) DUMOULIN, Consiglio VII, n. 48.
(3) BASNAGE, *Sur la coutume de Normandie*, e PONTANUS, *Sur la coutume de Blois*, citati da MERLIN, alla parola *Paterna paternis*, sez. II, § 1 (*Répertoire*, tomo XXII, p. 384)
(4) ARGOU, *Institution au droit français*, t. I, p. 466.

Il possessore del feudo era sovrano: ogni barone, dice Beaumanoir, è re nel suo dominio. I Barbari dividevano i regni come si dividono i terreni; si vedono ancora di coteste divisioni sotto i discendenti di Carlomagno. Se si fossero divisi i feudi, esigue sovranità limitate spesso ad una piccola valle, che sarebbe divenuta la potenza dei signori feudali? Si sarebbe frazionata all'infinito, val dire che avrebbe cessato di esistere. Donde la necessità di concentrare i beni feudali nelle mani del figlio primogenito. Portalis deplora questa influenza che la legge politica esercita sull'ordine delle successioni. « La legge politica, egli dice, è guidata piuttosto dalla ragion di Stato che da un principio di equità; mentre la legge civile inclina piuttosto verso quest'ultima, poichè principale suo ufficio è quello di regolare i diritti e le convenienze fra privati, mentre la legge politica ha la sua determinante in considerazioni d'interesse generale ». Perciò, dice Portalis, il diritto politico ispirò le antiche consuetudini francesi, seguendo lo spirito della monarchia, la quale vuole dappertutto distinzioni, privilegi e preferenze (1). Portalis s'inganna imputando alla monarchia i privilegi in materia di successione. Essi furono stabiliti sotto il regime feudale, ed a quest'epoca la monarchia non esisteva ancora che in germe. Dopo tutto, è per necessità di cose che la legge politica domina la civile; si comprenderebbe forse che sotto il regime feudale si fosse mantenuta l'eguaglianza nella divisione dei feudi, mentre la proprietà era divenuta una specie di sovranità? Il diritto civile subì necessariamente l'influenza della ragion di Stato, perchè questa costituisce la società, ed il diritto civile non esiste che nello stato sociale. Tutto ciò che si potrebbe imputare alla monarchia è d'aver conservati ed anche estesi privilegi nati col feudalismo e che avrebbero dovuto scomparire con esso. Ma questo rimprovero sarebbe pure ingiusto. L'antica Francia era monarchica; ora, se si vuole una monarchia, si devono volere altresì le istituzioni senza di cui la monarchia non ha radice nei costumi. Tali sono i privilegi dell'erede primogenito; erano una necessità, dapprima sotto il regime feudale, poscia sotto il regime aristocratico che ne deriva. Chabot dice, non senza disdegno, nella sua Relazione al Tribunato: « Ad imitazione dei grandi, anche i plebei vollero creare vantaggi considerevoli ai primogeniti sperando di far potenti le loro famiglie; ed il diritto di primogenitura fu stabilito pei beni ignobili, come lo era stato pei feudi » (2). Questa vanità nobiliare cui sferza l'organo del Tribunato è, come confessa Chabot, nell'essenza delle monarchie. Oggi che i nostri costumi si fanno sempre più democratici, nessuno pensa a preferenze che non avrebbero più ragione di essere.

---

(1) PORTALIS, Discorso preliminare, n. 95 (LOCRÉ, t. 1, p. 182).
(2) CHABOT, Relazione, n. 24 (LOCRÉ, t. V, p. 114).

500. Lo stesso è a dirsi dell'esclusione delle femmine. Vedremo più innanzi che questa risale alle leggi barbare; ma importa di constatare che neppur questa derivava da uno spirito d'ineguaglianza: era ancora una necessità politica e la più legittima di tutte, la necessità della difesa nazionale. Già presso i Germani, come più tardi sotto il feudalismo, la proprietà imponeva il servizio delle armi; come mai avrebbero le femmine ereditato un feudo allorchè non potevano adempiere le obbligazioni che vi erano annesse? Se il feudalismo si fosse organizzato in tutto il suo rigore, le femmine sarebbero state onninamente escluse dalle successioni, poichè non potevano adempiere ai doveri inerenti al possesso del suolo; ma la voce della natura fu più forte delle necessità politiche. Di buon'ora le femmine furono ammesse a succedere ai feudi, il che apportò la dissoluzione del regime feudale (1). Lo spirito aristocratico, la vanità nobiliare presero il luogo del feudalismo politico, e, bisogna dirlo, l'aristocrazia degenerata fu più tenace della ragione di Stato feudale. Chabot s'indispettisce quando parla dell'ineguaglianza che regnava nella successione consuetudinaria. « L'orgoglio feudale, egli dice, aveva corrotto tutte le fonti della morale, aveva soffocati tutti i sentimenti della natura; e questo orgoglio comunicandosi ai plebei, i quali non erano troppo spesso che i servili imitatori dei grandi, aveva infranti in tutte le classi popolari i vincoli della famiglia » (2). Lo spirito del tribuno è rivoluzionario, democratico. Nell'antico diritto la esclusione delle femmine godeva d'un distinto favore al pari del diritto di primogenitura. Lebrun ne prende la difesa, mettendosi sul terreno non dei pregiudizi nobiliari, ma del diritto tradizionale. « I maschi, egli dice, sono l'appoggio di una famiglia e la perpetuano, mentre le femmine costituiscono l'estinzione della loro ed il principio di una famiglia estranea » (3). Vi è dunque nella successione consuetudinaria un'altra cosa oltre l'eguaglianza feudale; fin nei privilegi derivanti dall'età e dal sesso, vi è il desiderio di conservare i beni alle famiglie, e questo desiderio attiene ad un concetto sulla famiglia molto più giusto del romano, poichè si fonda sul sangue, ed il sangue viene dalla nascita, vale a dire da Dio. Solamente, il diritto di successione delle consuetudini era viziato dallo spirito nobiliare. La rivoluzione dell'89 proclamò l'eguaglianza nell'ordine politico e la introdusse nell'ordine civile. Ciò che depone in favore delle consuetudini, si è che sotto molti aspetti le leggi rivoluzionarie rimasero fedeli alla tradizione consuetudinaria, escludendo gli abusi del feudalismo per attenersi allo spirito del diritto germanico.

---

(1) Vedi i miei *Études sur l'histoire de l'humanité*, t. VII, p. 550 e seg.
(2) Chabot, Relazione al Tribunato, n. 24 (Locré, t. V, p. 114).
(3) Lebrun, *Des successions*, lib. II, cap. II, sez. I, n. 2, p. 174.

CAPITOLO IV.

LEGISLAZIONE RIVOLUZIONARIA.

§ I. — *L'eguaglianza.*

501. L'oratore del governo dice nell'esposizione dei motivi sul titolo delle *Successioni* che il voto di tutti gli uomini illuminati invocava da lungo tempo una riforma: volevasi sopratutto nelle leggi, dice Treilhard, quell'unità che sembra essere della loro essenza, poichè sono l'immagine dell'ordine eterno. Si trova infatti qualche timido voto dei legisti in favore della unità, ma, ispirati alla tradizione, essi non pensavano certamente ad una riforma dei principii, ed in ciò riproducevano il pensiero delle popolazioni. Le provincie del mezzogiorno erano attaccatissime al diritto romano, e nelle provincie del nord non si aveva minore affetto per le consuetudini; vi si diceva che « la disposizione delle consuetudini era il testamento dei saggi »; si credeva che la legge civile fosse l'espressione della legge naturale, e che l'ordine delle successioni fosse attinto al cuore istesso dell'uomo (1). Ciò spiega come la riforma delle leggi civili fu più lenta e meno radicale di quella dell'ordine politico. Bastò una notte di entusiasmo per distruggere il feudalismo politico, ma i decreti del 4 agosto 1789 lo lasciarono sussistere nell'ordine civile. La prima legge che die' il colpo di scure all'antica quercia, le cui radici secolari si abbarbicavano fin nelle foreste della Germania, fu quella del 15 marzo 1790, che soppresse i diritti di primogenitura e di mascolinità: essi attenevano alla nobiltà, allo spirito aristocratico dell'antica Francia; ora la rivoluzione dell'89 s'era fatta sopratutto in odio alla nobiltà, e, per quanto abolita, essa avrebbe pur sempre conservata la sua influenza qualora si fossero conservati i suoi immensi domini, concentrandoli in talune potenti famiglie: la abolizione dei diritti di primogenitura e di mascolinità era la conseguenza necessaria dell'abolizione della nobiltà come corpo politico. Ecco come la rivoluzione sociale provocò una rivoluzione nell'ordine civile. Certamente bisogna felicitarsi qui dell'influenza che la legge politica esercita sulla legge civile: per riformare il diritto privato non occorreva meno, come dice Treilhard, di uno di quei grandi avvenimenti che atterrano gli imperi e mutano l'aspetto del mondo; occorreva che un gran

(1) LEBRUN, *Des successions*, Prefazione: BOURJON, *Le droit commun de la France* t. XVII, *des Successions*, cap. I, n. 1 (t. I, p. 677).

popolo cospirasse tutto intiero per costituire il regno dell'eguaglianza sulla rovina delle distinzioni e dei privilegi. Potevano esservi ancora terre nobili quando non vi era più nobiltà? poteva esistere un privilegio in favore dei primogeniti maschi allorchè non si volevano più nobili? (1).

502. Tuttavia i pregiudizi nobiliari esistevano anche al di fuori della nobiltà; la ricca borghesia teneva ai suoi privilegi di nascita, per lo meno altrettanto quanto l'aristocrazia feudale. L'ineguaglianza nelle divisioni persistè dopo l'abolizione della nobiltà e dei suoi privilegi. Fu un uomo di nobile schiatta, il primogenito di un'antica famiglia, Mirabeau, che nell'ultimo discorso da lui scritto, e che la morte gli impedì di pronunziare, domandò l'eguaglianza delle divisioni in tutte le famiglie. Vi si leggono queste splendide parole: « Diano i Francesi l'esempio e non ricevano la legge che dalla ragione e dalla natura. Se questa ha stabilita l'eguaglianza da uomo a uomo, a maggior ragione l'ha stabilita da fratello a fratello » (2). L'Assemblea nazionale fece diritto al voto del grande rivoluzionario, emanando la legge dell'8 aprile 1791, il cui art. 1.° prescrive: « È abolita qualunque ineguaglianza risultasse fin qui tra gli eredi *ab intestato,* dalle qualità di primogeniti e di cadetti, dalla distinzione dei sessi o dalle esclusioni consuetudinarie, sia in linea retta, sia in linea collaterale; tutti gli eredi in egual grado succederanno per eguali porzioni ai beni che vengono deferiti loro dalla legge.... In conseguenza, le disposizioni delle consuetudini o degli statuti che escludevano le femmine o i loro discendenti dal diritto di succedere coi maschi o discendenti dei maschi sono abrogate ».

Questa rivoluzione nell'ordine civile era insieme una rivoluzione morale. Le leggi che violano la natura turbano fatalmente le relazioni di famiglia; si attaccava, si rovinava il senso morale sin nel focolare che la natura gli ha dato come asilo. La totalità delle successioni apparteneva ai maschi, e fra i maschi i primogeniti usurpavano quasi tutto, ed i cadetti erano trattati presso a poco come le femmine. Che divenivano tutti questi figli diseredati? Il relatore del Tribunato risponde che il più delle volte non avevano altra risorsa all'infuori di quella di seppellirsi nei chiostri ove gemevano per tutta la vita, vittime innocenti della barbarie delle leggi e della crudeltà dei genitori. Quali relazioni dovevano passare tra questi fratelli e queste sorelle la maggior parte dei quali era spogliata dei beni che Iddio stesso aveva loro accordati insieme alla vita? La discordia e l'odio, dice Chabot, dominavano ove avrebbero dovuto regnare

(1) Treilhard, Esposizione dei motivi del titolo delle *Successioni*, n. 13 (Locré, t. V, p. 9).
(2) *Moniteur*, del 5 aprile 1791: Discorso di Mirabeau sull'eguaglianza delle divisioni.

l'amore e la pace (1). Ristabilendo l'eguaglianza nella famiglia, la legge ristabiliva la base dell'ordine morale.

503. La legge dell'8 aprile 1791 soggiunge (art. 1): « Sono del pari abrogate le disposizioni delle consuetudini che, nella divisione dei beni del medesimo padre o d'una stessa madre, stabiliscono differenze tra i figli nati da diversi matrimoni ». È ciò che dicevasi diritto di *devoluzione*. In virtù di questo diritto, i beni del coniuge superstite che si rimaritasse erano destinati ai figli nati dal primo matrimonio, ad esclusione di quelli delle nuove nozze. Il coniuge rimaritato non poteva più disporre dei suoi beni, neanche a titolo oneroso. La devoluzione consuetudinaria esisteva sopratutto nelle provincie belghe; era ignota nell'interno della Francia (2). Era un altro privilegio, quantunque nulla avesse di comune col feudalismo e colla nobiltà. Si volevano compensare i figli nati dal primo matrimonio dal pregiudizio che soffrivano quasi sempre dalle nuove nozze; ma favorendo i figli del primo matrimonio, si ledevano i diritti di quelli generati dal secondo; nati da uno stesso padre o da una stessa madre, perchè si voleva trattarli in modo diverso? L'eguaglianza è una legge di giustizia, e deve regnare in tutte le relazioni civili.

§ II. — *La legge di nevoso.*

504. La comproprietà famigliare nulla aveva di comune col feudalismo. Si sarebbe dunque potuto conservare tutte le istituzioni che vi riferiscono. Tale era il retratto di famiglia: esso non aveva altro scopo che di conservare i beni nelle famiglie. Tuttavia questo diritto fu uno dei primi che l'Assemblea costituente ebbe ad abolire. Merlin, il relatore, è assai imbarazzato per trovare ragioni atte a giustificare questa abolizione. Egli dice che il retratto ha la sua origine nei costumi germanici; il diritto di guerra privata regnava nelle famiglie e queste imponevano a ciascun parente l'obbligo di sposare le querele di tutti. Ma avendo le guerre private cessato da secoli, non si poteva più comprendere che il diritto di retratto fosse loro sopravvissuto. Si trovò strana questa spiegazione (3). Tuttavia Merlin aveva ragione di dire che l'origine del retratto risaliva al vincolo di solidarietà che univa tutti i membri della famiglia presso i Germani. Donde l'idea d'una comproprietà dei parenti, che nel medio evo si trasformò e divenne un tratto caratteristico del

---

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Devolution coutumière*, § 2 (t. VIII, p. 57 e seg.).

(2) Laferrière, *Histoire des principes, des institutions et des lois de la révolution française*, p. 239 e seg.

(3) Laferrière, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. II, p. 253.

diritto francese: lo spirito del nostro diritto, diceva Pothier, è di conservare i beni delle famiglie. Il retratto era in armonia con questo spirito tradizionale; esso fu abolito senza alcun dubbio perchè il legislatore rivoluzionario voleva distruggere le grandi famiglie che avrebbero potuto profittare di questo diritto per conservare la loro influenza territoriale. La rivoluzione mirava ad un duplice scopo: frazionare la grande proprietà, pur favorendo lo spirito di famiglia. Donde alcune misure che talvolta sembrano contradditorie.

505. I decreti dell'Assemblea che abolirono i privilegi non attentarono alla successione consuetudinaria. Infatti, i privilegi non erano che un accidente, un principio estraneo alle antiche consuetudini germaniche. Ciò che caratterizza le consuetudini in materia d'eredità è la distinzione della natura e dell'origine dei beni. Ora, ecco la Convenzione nazionale decretare che « la legge non riconosce alcuna differenza nella natura e nella origine dei beni per regolarne la trasmissione ». Era l'abolizione della regola *paterna paternis*, base della trasmissione dei beni per via d'eredità. La rivoluzione sembrava radicale e degna di un'Assemblea che non indietreggiava innanzi ad alcuna rovina, poichè sugli avanzi del mondo antico voleva erigere un nuovo edificio: la società democratica. La legge del 17 nevoso anno II venne paragonata ai decreti della famosa notte del 4 agosto 1789 (1). Vi è dell'esagerazione in questo confronto. La legge del nevoso è metà rivoluzionaria, metà conservatrice; l'elemento tradizionale che ha consacrato, trasformandolo, è una delle basi dell'ordine successorio adottato dal codice civile. Ed è notevolissimo che la Convenzione, la quale viene accusata di aver voluto tutto demolire, ha pel contrario inaugurato il sistema di transazione che gli autori del codice civile conservarono, ed ha attinto il principio di questa transazione in quelle stesse consuetudini che in apparenza aboliva. La legge del nevoso è certamente una delle opere più notabili di questa epoca grandiosa che ha avuto l'ambizione di gettare le fondamenta di una nuova società. Essa ha demolito con una mano e ricostruito coll'altra, sotto diversa forma, ciò che aveva distrutto. Gli è così che si fanno le rivoluzioni durature; esse non distruggono, ma trasformano. La legge del nevoso abrogò la regola *paterna paternis*, sostituendovi la divisione per linee, che ha il medesimo concetto e la stessa tendenza.

Il diritto romano stabiliva l'unità del patrimonio e dell'eredità; esso non poteva concepire che i diversi beni avessero eredi differenti. All'incontro le consuetudini ammettevano altrettante successioni quanti erano i beni: vi erano eredi per i mobili,

---

(1) Toullier, t. II, 2, n. 140. Laferrière, *Histoire des principes de la révolution française*, p. 330.

eredi per gli acquisti, eredi pei beni propri. La legge del nevoso attinse al diritto romano l'unità di patrimonio. Ma consacrando il principio, rigettò la conseguenza che il diritto romano ne deduceva. La Novella di Giustiniano trasmetteva la successione unica, comprendente tutto il patrimonio del defunto, al parente più prossimo, senza considerare se i beni che componevano questo patrimonio fossero pervenuti al defunto dalla sua famiglia paterna o dalla materna. Le consuetudini dividevano i beni propri in paterni e materni e li attribuivano al parente più prossimo della famiglia da cui procedevano. Su questo punto capitale, la legge del nevoso abbandonò la tradizione romana adottando il principio consuetudinario, col disporre che ogni successione devoluta ad ascendenti o a collaterali sarebbe divisa in due parti, una per la linea paterna, l'altra per la materna. La divisione per linee aveva il medesimo obbietto che la regola *paterna paternis*, cioè di conservare i beni nelle famiglie; ma essa semplificava la divisione non formando di tutti i beni che una sola massa cui ripartiva egualmente tra le due famiglie: si supponeva che entrambe avessero contribuito a formare il patrimonio del defunto. Questo principio è passato nel codice, e forma una delle basi del nostro sistema successorio.

506. Si rimprovera alla legge del nevoso di avere avuto per scopo di livellare le fortune, dividendo le proprietà tra il maggior numero possibile d'eredi, al fine di diminuire l'influenza delle famiglie potenti. Che tale fosse lo scopo della Convenzione, non si potrebbe dubitare (1). Cambacérès, il quale presiedè la sezione di legislazione, lo confessò al Consiglio di Stato quando si discusse il progetto di codice civile. Lo spirito della legge d'altronde si manifesta in tutta evidenza nelle disposizioni relative al diritto di testare ed a quello di rappresentazione. Già la Convenzione, con suo decreto del 7 marzo 1793, abolì la facoltà di disporre dei beni in linea retta; essa voleva che tutti i discendenti avessero l'eguale diritto nella successione dei loro ascendenti. Questo divieto dalla legge del nevoso fu esteso alla linea collaterale. Non dovevano esservi più che successioni *ab intestato*; il diritto di donare o di testare fu limitato alla facoltà di disporre a titolo particolare: chi aveva figli poteva disporre del decimo dei suoi beni in favore di un non successibile; chi lasciava parenti collaterali poteva disporre del sesto dei suoi beni, purchè non fosse in favore di uno dei suoi eredi. Fra eredi dunque l'uguaglianza era assoluta. È una applicazione esagerata e falsa, dice Laferrière, del principio dell'uguaglianza. Lo storico francese dimentica che, secondo la consuetudine di Parigi, il defunto non poteva disporre che del

(1) PORTALIS, Discorso preliminare, n. 98 (LOCRÉ, t. I, p. 183).

quinto dei beni propri, e che, secondo altre consuetudini, qualunque disposizione di questi era proibita; il principio è lo stesso, le differenze di dettaglio importano poco. Ecco dunque il principio consacrato dalle consuetudini per uno spirito eminentemente conservatore, che diviene, nelle mani della Convenzione, un principio rivoluzionario! Una cosa è certa, cioè che nulla è meno rivoluzionario di un principio il quale tende a conservare i beni nelle famiglie. Non già che noi approviamo l'incapacità di ricevere di cui la legge del nevoso colpiva gli eredi; noi ritorneremo su questo punto al titolo delle *Donazioni* e *Testamenti*. È certo sempre che la legge del nevoso, anche nelle sue disposizioni tacciate di esagerazione, rimaneva fedele alla tradizione consuetudinaria: la successione per eccellenza è quella deferita dalla legge, perchè la legge è più saggia dell'uomo; dunque punto istituzione d'erede, nient'altro che legati a titolo particolare.

507. Lo stesso si dica di un'altra disposizione che estende il beneficio della rappresentazione in linea collaterale a tutti i gradi. Portalis critica questa disposizione con una severità veramente eccessiva. « La rappresentazione dei collaterali, egli dice, spinta all'estremo, *è contraria al buon senso*. Essa chiama degli ignoti in pregiudizio dei più prossimi; estende le relazioni di liberalità al di là di tutti i presunti rapporti di affetto; porta seco litigi interminabili sulla qualità delle persone, e *frazionamenti ridicoli* nella divisione dei beni; *essa vulnera tutte le idee di giustizia, di convenienza e di ragione* » (1). Portalis non ha riflettuto che questi amari rimproveri potevano ritorcersi contro il sistema del codice che chiama alla successione i collaterali del dodicesimo grado: non sono essi ignoti al defunto? ciò non dà luogo a litigi sulla qualità delle persone? e non è una cosa contraria al buon senso, alla giustizia e ad ogni convenienza che un collaterale del dodicesimo grado prenda la metà dei beni in pregiudizio degli ascendenti del defunto? Se si limitasse la successione dei collaterali al quarto grado, la maggior parte degli inconvenienti segnalati da Portalis scomparirebbero. Portalis dimenticava ancora che la rappresentazione all'infinito era attinta alle consuetudini, e che è nello spirito del diritto consuetudinario. Non è forse Iddio che crea gli eredi? Dunque è giusto che i discendenti ottengano i beni che la nascita assicurava ai loro genitori. Si può ancora invocare in favore della legge del nevoso lo spirito democratico, il quale domanda precisamente che le fortune siano frazionate, affinchè ogni uomo divenga proprietario; ma la democrazia non godeva più favore sotto il consolato. Donde le critiche passionate che si sono rivolte alla legge di nevoso. Noi diremo con

(1) SIMÉON, Discorsi, n. 16 (LOCRÉ, t. V, p. 133).

Siméon, l'oratore del Tribunato, che questa legge fu saggia e lodevole sotto molti riguardi: non vi è che un rimprovero a farle, cioè che contiene disposizioni retroattive.

CAPITOLO V.

IL CODICE CIVILE.

308. Quando si discusse il progetto di codice civile al Consiglio di Stato, Cambacérès propose di stabilire la regola *paterna paternis* limitandola ad un grado di parentela assai prossimo perchè l'origine dei beni non fosse avvolta nell'incertezza. Il solo motivo che egli ne porge, è che questa disposizione sarebbe stata opportunissima a mantenere la pace nelle famiglie. Era una motivazione assai misera di una importantissima proposta. Bigot-Préameneu l'appoggiò con ragioni più serie. Quali sono le considerazioni che hanno sempre determinato l'ordine di succedere? La legge lo regola secondo i diversi gradi d'affetto ch'essa ha dovuto supporre nel defunto; ora in tutti i cuori si trova il desiderio che i beni di una famiglia non passino all'altra. Si rimprovera alla successione consuetudinaria la complicazione che fa nascere litigi; la proposta di Cambacérès, dice Bigot, li preverrà limitando gli effetti della regola *paterna paternis* a gradi abbastanza prossimi perchè l'origine dei beni non possa essere contestata. La proposta fu combattuta da Berlier. Questi ricordò che la regola *paterna paternis* non si limitava ad assicurare i beni paterni e materni alla famiglia da cui provenivano, che ostacolava ancora la facoltà di disporre dei beni propri, cosa questa che si trovava in opposizione col diritto di proprietà come era consacrato dal codice. Il sistema romano era molto più semplice e più in armonia colle presunte affezioni del defunto. Esso per vero faceva uscire i beni dalle famiglie; per rimediare a questo inconveniente, il progetto conservava la divisione per linee stabilita dalla legge 27 nevoso anno II. Era un mezzo termine adatto a conciliare l'ordine di successione della novella e quello delle consuetudini. Berlier dice che la proposta di Cambacérès non preverrebbe le contestazioni, poichè, anche limitando la regola *paterna paternis* ai cugini nati da germani, bisognava risalire sino al bisavolo, val dire a quasi un secolo, il che complicherebbe singolarmente le divisioni e farebbe nascere difficoltà e litigi. Berlier ripetè il rimprovero che abitualmente facevasi alla successione consuetudinaria, cioè che essa feriva l'ordine naturale delle affezioni devolvendo i beni propri a collaterali spesso lontanissimi, e ciò in pregiudizio dei parenti più pros-

simi del defunto. Ma il medesimo rimprovero non si rivolge alla divisione per linee? Vi è un altro vizio nel sistema della legge del nevoso: i beni provenienti da una famiglia passano in un'altra quando i beni proprí sono pel totale, o per la maggior parte, paterni o materni. Berlier risponde che il rimedio sarà nella libertà accordata al defunto di disporre dei suoi beni per testamento. Potevasi dare la medesima risposta alle critiche che si facevano della successione consuetudinaria. Questa aveva un vantaggio incontestabile: raggiungeva lo scopo che si proponeva conservando i beni nelle famiglie. Mentre invece la transazione della legge del nevoso era appoggiata sovra una incertissima supposizione, la quale, a dire il vero, non si verificava quasi mai. La probabilità più comune, dice Berlier, è che entrambe le linee abbiano, a un dipresso, contribuito egualmente a formare il patrimonio del defunto. Giusta questa supposizione, la divisione per linee restituisce a ciascuna famiglia ciò che le appartiene. Ci sembra che si sarebbe più vicini alla verità affermando che il fatto allegato da Berlier costituisca l'eccezione. E si fondano forse regole generali sopra fatti eccezionali? (1).

Il Consigli di Stato respinse la proposta di Cambacérès. A tale rigetto fu indotta da ciò, che la legge del nevoso aveva in suo favore un'esperienza di nove anni e l'assenso di quasi tutti i tribunali consultati intorno al progetto di codice. Si potrebbe rispondere che tanto i tribunali quanto le assemblee legislative preferiscono sempre le idee più semplici, e non hanno torto, purchè la semplicità sia d'accordo colla giustizia. Ma noi non ammettiamo che si sacrifichi la giustizia al desiderio di prevenire le liti. Tutti sembrano d'accordo sul principio: si volevano conservare i beni nelle famiglie. Bisognava quindi consacrare la regola consuetudinaria *paterna paternis*; è la sola che raggiunga lo scopo cui si mirava. I sistemi di transazione falliscono quasi sempre al loro scopo. Bisogna dire di più, le transazioni non hanno alcun valore in diritto: si transige su fatti, su interessi, non si transige sopra principii, poichè i principii debbono essere l'espressione della verità eterna. Si può forse comprendere che vi siano semi-principii, quarti o quinti di verità?

509. Il codice civile conserva dunque la transazione della legge di nevoso. In fondo è il sistema consuetudinario, ma illogico, inconseguente come tutte le transazioni. Basta leggere i discorsi degli oratori del governo e del Tribunato per convincersene. Treilhard ripete l'eterna critica che la distinzione dei beni e della loro origine, stabilendo più successioni in una sola, e creando eredi differenti, secondo l'origine dei beni, apporterebbe numerose contestazioni. Noi abbiamo risposto a

(1) Seduta del 25 frimaio anno XI, n. 17 (LOCRÉ, t. V, p. 47).

questo rimprovero; esso ha perduto ogni valore dopo che le nuove leggi emanate nel Belgio ed in Francia hanno stabilito il principio della pubblicità per gli atti traslativi o dichiarativi di diritti reali immobiliari. Treilhard insiste sull'opposizione che la regola *paterna paternis* creava fra la delazione dei beni proprii e la presunta la volontà defunto. Volevasi che l'ordine delle successioni fosse in armonia con l'affezione del defunto verso i suoi parenti. Forse che un'ordine successorio il quale esclude i parenti più prossimi, un padre, una madre, a profitto dei collaterali spesso ignoti del defunto, è in armonia colla presunta volontà di questo? Treilhard non vede che il medesimo rimprovero si rivolge altresì alla divisione per linee. Gli autori del codice l'hanno compreso; e per rimediare a quest'inconveniente, hanno concesso al padre od alla madre in concorso con collaterali l'usufrutto del terzo dei beni cui non succedono in proprietà (art. 754). Certamente il rimedio non risponde al male e l'inconseguenza sussiste. Se si voleva seguire come principio l'ordine degli affetti naturali, bisognava escludere la legge di nevoso e la successione consuetudinaria, ritornando al sistema romano. Ma questo sistema non teneva alcun conto del diritto delle famiglie, poichè spogliava le une per arricchire le altre: violava dunque la prima di tutte le leggi, quella della giustizia. La legge dell'affezione naturale non è quella dell'affetto cieco, ma, come ha detto Domat, è quella del dovere, la legge di Dio che, facendo nascere un figlio in una famiglia, gli dà un diritto sui beni che questa possiede. Ecco il vero spirito della regola *paterna paternis*.

L'oratore del governo pretende che la divisione per linee provveda all'interesse delle famiglie, prendendo ciò che vi era di buono nelle usanze dei paesi consuetudinari. « Qualunque successione, egli dice, deferita ad ascendenti e collaterali sarà divisa in due porzioni uguali, l'una pel ramo paterno, l'altra pel ramo materno: non si dividerà così una sola specie di beni, ma l'intero asse ereditario. Due famiglie sono state unite mediante un matrimonio; esse rimarranno ancora congiunte nella sventura comune che avrà rapito i frutti di questa unione. Così si concilia il voto della natura, il quale sembra chiamare i parenti più prossimi, coll'interesse di due famiglie dalle quali il defunto traeva la sua origine » (1). La conciliazione non è che apparente. Quando la successione è deferita ai collaterali ed agli ascendenti, il vincolo che univa le due famiglie è infranto; non vi erano figli, oppure sono premorti. Che rimane a fare? Tener conto dei diritti e degli interessi di ciascuna di queste famiglie. È ciò che faceva la regola *paterna paternis;* essa andava diritta allo scopo. La conciliazione del codice lo fallisce il più delle volte.

(1) TREILHARD, Esposizione dei motivi, n. 11 e 12 (LOCRÉ, t. V p. 93).

510. Ora ci è facile rispondere alla questione che si pongono gli interpreti del codice: qual'è il principio dominante del nostro ordine di successioni? (1). Si risponde d'ordinario che la legge regola la trasmissione dei beni del defunto secondo la presunta affezione di esso verso i suoi parenti più prossimi. Bisogna dire al contrario, che in un sistema di transazione non vi sono principii, precisamente perchè si tratta di una transazione. In qualunque modo s'intenda quest'ordine di affetti, è certo che il codice vi deroga. Forse che il codice chiama a succedere i parenti che il defunto ha prediletti? Gli autori del codice hanno anzitutto dimenticato il coniuge, il quale è colui che sopra gli altri avrebbe diritto all'eredità a titolo d'affezione: ora la legge lo esclude, non gli dà grado che fra i successori irregolari, dopo i figli naturali! Le consuetudini che si accusano di disconoscere gli affetti del defunto avevano maggiore sollecitudine per la vedova. Noi ritorneremo su questo punto. Tanto la divisione per linee quanto la regola *paterna paternis* hanno l'inconveniente di trasmettere i beni propri a parenti lontani in pregiudizio dei più prossimi, del padre e della madre. Ma si ha una falsa idea di questa legge d'affezione. L'ordine delle successioni non è basato sovra i sentimenti del defunto; il dovere va innanzi alle predilezioni: ora, dovere e giustizia richiedono che il defunto restituisca a ciascuna famiglia i beni che da essa ha ricevuti, quando non lascia discendenti. La successione consuetudinaria osserva la legge d'affezione così intesa; essa ne è l'espressione più esatta. Al contrario, la divisione per linee è un'alea, che il più delle volte sarà in opposizione coi diritti delle famiglie, salvo in quei rarissimi casi in cui ciascuna delle due famiglie avrà ugualmente contribuito a formare il patrimonio del defunto.

---

(1) Confronta Toullier, t. II, 2, p. 90, n. 146-148. Malleville, t. II, p. 183 e seg

TITOLO II.

Delle Successioni

CAPITOLO I.

DELL'APERTURA DELLE SUCCESSIONI (1).

SEZIONE I. — Quando si aprono?

511. A termini dell'art. 718, le successioni si aprono per la morte naturale e per la civile. Siccome però la morte civile è ormai abolita in Francia e nel Belgio, non rimane che la morte naturale, come causa d'apertura delle successioni. Dalla nozione istessa della eredità si deduce che non può esservi successione di persona vivente. Quando taluno è assente, nel senso legale della parola, la legge prescrive talune misure che hanno qualche analogia con quelle che seguono la morte; ma non vi è mai apertura di successione in caso d'assenza, perchè, per quanto lunga essa sia, la morte non si presume mai (2). Soltanto la morte, ponendo fine alla vita, mette fine altresì ai diritti che l'uomo ha sui beni che costituiscono un accessorio di quella. Ma insieme, dall'istante della morte, deve operarsi la trasmissione dei beni. Il defunto cessa di possedere e d'avere diritti al momento in cui spira. Che diverranno i suoi beni ed i suoi diritti? Se si ammette il diritto d'eredità, bisogna rispondere: Gli eredi prendono il luogo del defunto, e lo prendono naturalmente quando è vacante. Gli è ciò che esprime energicamente l'antico adagio: « Il morto impossessa il vivo, suo più prossimo erede ». I beni ed i diritti non rimangono dunque in sospeso un istante; il defunto è surrogato nel momento in cui muore, dice l'Esposizione dei motivi: per meglio

---

(1) Fonti: LEBRUN, *Traité des successions*, 1 vol. fol.; POTHIER, *Traité des successions;* CHABOT, *Commentaire sur la loi des successions*, edizione di BELOST-JOLIMONT, 2 vol. (1839); MALPEL, *Traité élementaire des successions ab intestat*, 1 vol. (1825); POUJOL, *Traité des successions*, 2 vol. (1837); VAZEILLE, *Résumé et conference des commentaires du code civil sur les successions, donations et testaments*, 3 vol. (1837).

(2) Vedi il t. II dei miei *Principii*, n. 122.

dire, egli stesso pone l'erede in suo luogo, investendolo della proprietà e del possesso di tutto ciò che gli appartiene. Donde questa importante conseguenza che il defunto ha per erede colui che, al momento della sua morte, si trova chiamato dalla legge. Importa dunque molto di precisare questo istante, poichè determina la vocazione ereditaria.

§ I. — *Prova della morte.*

N. 1. — Il diritto comune.

512. la legge veglia a che il decesso delle persone sia autenticamente constatato. Anzitutto l'ufficiale dello stato civile deve trasferirsi in casa della persona defunta, per assicurarsi del decesso. Inoltre l'atto di morte vien steso dietro dichiarazione da parte di due testimoni. Questi testimoni sono i due più prossimi parenti o vicini, e se la persona è morta fuori del suo domicilio, quegli presso cui essa venne a morire (articoli 77-79). La legge non ingiunge all'ufficiale dello stato civile d'indicare il giorno e l'ora della morte; nondimeno importa molto di conoscere il momento preciso in cui questa accade perchè succede al defunto il parente che occupava il grado più prossimo in questo momento, e basta un istante di sopravvivenza per determinare il diritto all'eredità. Se l'atto non precisa il momento della morte, la questione rimane impregiudicata, e si risolve alla stregua del diritto comune; la prova testimoniale sarà ammissibile e con essa le presunzioni. È l'applicazione dei principii che regolano le prove, e che noi esporremo al titolo delle *Obbligazioni*. Se l'atto di morte enuncia il giorno e l'ora in cui essa avvenne, come d'ordinario si pratica, quale sarà la forza probatoria di questa dichiarazione? Noi abbiamo esaminata la questione al titolo degli *Atti dello stato civile* (1).

513. Un decreto del 3 gennaio 1813 prescrive che se in una miniera periscano degli operai e vi sia impossibilità di giungere sino al luogo in cui giacciono i corpi, i direttori dovranno far constatare questa circostanza per mezzo del sindaco o di altro pubblico ufficiale che ne stenderà processo verbale; essi lo trasmetteranno al procuratore imperiale, a cui cura, e dietro autorizzazione del tribunale, quest'atto sarà annesso al registro dello stato civile. Questo decreto si applica per analogia in tutti i casi nei quali accada che qualche persona perisca, senza potersene constatare regolarmente la morte. Be-

---

(1) Vedi il t. II dei miei *Principii*, n. 62. Confronta Duranton, t. VI, p. 36 n. 42; Demolombe, t. XIII, p. 115, n. 88, e p. 117, n. 91.

ninteso che il processo verbale prescritto dal decreto non è l'unica prova della morte. Può accadere che non vi sia processo verbale, o che le enunciazioni di questo siano contestate, e dal momento che vi è contestazione, si rimane sotto l'impero dei principii generali: la prova testimoniale e le presunzioni serviranno al giudice per determinare il momento della morte (1).

N. 2. — Della commorienza.

514. Due persone periscono in un medesimo avvenimento, un naufragio, un incendio; esse sono chiamate rispettivamente l'una alla successione dell'altra, ed hanno eredi differenti. In questo caso, importa di conoscere chi sia morto per l'ultimo, poichè questi avrà conseguito l'eredità dell'altro e la trasmetterà quindi, col proprio patrimonio, ai particolari suoi eredi. Ecco l'esempio che si porge abitualmente. Pietro e Paolo, fratelli uterini, periscono in un naufragio; essi non hanno discendenti, nè ascendenti, nè fratelli e sorelle, nè discendenti di fratelli e sorelle. Sono dunque chiamati a succedere l'uno all'altro. Se Pietro è morto l'ultimo, avrà conseguita la successione di Paolo e la trasmetterà unitamente alla sua ai propri eredi: i collaterali materni prenderanno una parte della sua eredità; questi parenti sono altresì parenti di Paolo, poichè i due fratelli hanno la medesima madre; ma l'altra metà del patrimonio sarà devoluta ai parenti paterni di Pietro, e questi sono affatto estranei a Paolo, poichè i due fratelli non hanno il medesimo padre. Se, al contrario, Paolo è sopravvissuto, la sua successione, che comprenderà quella di Pietro, apparterrà per metà al suo più prossimo parente materno, che è insieme parente di Pietro; l'altra metà sarà devoluta al più prossimo congiunto paterno che non ha alcun vincolo con Pietro. Perciò, nel primo caso, il parente paterno di Paolo non avrà alcuna parte nell'eredità; mentre, nel secondo, il parente paterno di Pietro sarà escluso. Importa dunque conoscere quale dei due fratelli sia sopravvissuto (2).

Ecco la famosa questione dei commorienti; essa è celebre perchè ha esercitato la sagacia di tutti i giureconsulti che trattarono delle successioni. L'oratore del Tribunato dice che la legge ha dovuto risolvere questo caso, perchè i viaggi d'oltremare e mille altri accidenti lo rendono comune (3). Sarebbe assai più esatto dire che esso è invece rarissimo. Non è che manchino gli accidenti sgraziati. Ma non ogni morte accidentale

(1) Demolombe, t. I, n. 308 e t. XIII, n. 89.
(2) Chabot, t. I, p. 45, art. 720, n. 1.
(3) Siméon, Discorsi, n. 10 (Locré, t. V, p. 132).

dà luogo alla questione di cui ci occupiamo. Perchè questa si verifichi occorre che due parenti periscano nel medesimo avvenimento; che essi siano rispettivamente chiamati alla successione reciproca ed infine che abbiano eredi differenti. Ciò avviene forse con tanta frequenza? Una cosa è ben certa, cioè che gli articoli 720 e 722 non danno quasi luogo a dibattimenti giudiziarii. Dall'epoca della pubblicazione del codice, non abbiamo che due sentenze sulla materia: di più, in entrambe le specie, non si trattava di parenti, ma del marito e della moglie; infine, fu giudicato che non trovavano applicazione le norme speciali del codice civile. Ma se queste controversie sono sconosciute alla giurisprudenza, si trovano per l'opposto in tutte le opere, anche quelle che si intitolano elementari. Ci sembra questo un difetto di logica e d'armonia. Vi sono tante discussioni di interesse serio, che è proprio inutile dare lunghi svolgimenti a dispute affatto oziose. Noi non ci fermeremo che ai principii.

515. L'art. 720 prescrive: « Se più persone rispettivamente chiamate alla successione reciproca, periscano in un medesimo avvenimento, senza che si possa riconoscere quale di esse sia morta per la prima, la questione di sopravvivenza è determinata dalle circostanze del fatto ». Sin qui siamo nel diritto comune. Ci occorre anzitutto vedere se la prova della premorienza di una delle persone può farsi secondo le regole generali delle prove, vale a dire per testimoni, ove occorra, o con le presunzioni dette dell'uomo, poichè lasciate dalla legge all'apprezzamento ed alla saviezza del magistrato. Secondo l'articolo 1353, il giudice può decidere mediante presunzioni nei casi in cui è ammissibile la prova testimoniale; ora, i fatti materiali possono sempre provarsi per testimoni, come diremo al titolo delle *Obbligazioni*, ed un accidente in cui più persone trovano la morte è certamente un fatto materiale. Gli autori hanno immaginato parecchie di queste circostanze; sono però sempre le stesse: un incendio, un naufragio, una battaglia; e tuttavia nessuna di queste ipotesi si è avverata mai. Noi preferiamo quindi in citare ad esempio un avvenimento reale cui ha dato una triste celebrità un nome illustre nella scienza del diritto.

La notte del 19 febbraio 1572, la figlia di Carlo Dumoulin maritata a Simon Bobé, fu assassinata nella sua casa con due dei suoi figli, uno dell'età di anni 8, l'altro di 22 mesi. Bobé e gli eredi collaterali della moglie si disputarono la successione mobiliare dei defunti: il primo la reclamava come erede de'suoi figli che pretendeva fossero sopravvissuti, e conseguentemente succeduti alla loro madre; i collaterali sostenevano che la moglie doveva riputarsi morta per l'ultima, di conformità ad una legge romana a termini della quale se una donna perisce in un naufragio col suo figlio impubere, questi si reputa morto per il primo. La Corte reputò che prima di ricorrere alle presun-

zioni fondate sull'età e la forza dei commorienti, bisognava consultare le circostanze del fatto, prova più diretta e per conseguenza meno incerta delle presunzioni. Ora l'assassinio era stato commesso da ladri: non si poteva supporre che questi scellerati avessero incominciato dall'uccidere due fanciulli di così tenera età, il che avrebbe dato alla madre il tempo di chiamare al soccorso. Si doveva credere dunque che i primi colpi fossero stati rivolti contro questa infelice. La Corte aggiudicò in conseguenza a Simon Bobé la successione mobiliare di sua moglie, come erede dei suoi figli. Questa decisione venne chiamata, nel foro, la sentenza di Bobé (1). « Ecco dice Lebrun, per qual orribile crimine fu estinta la posterità dell'illustre Carlo Dumoulin; il che ci fece perdere le ultime traccie di un sangue che ancor poteva giovare al pubblico bene, cui era stata tanto salutare la sorgente » (2).

516. L'art. 720 aggiunge che se la prova diretta della morte non può farsi, vale a dire non se vi sono testimonianze, e se le circostanze del fatto non offrono alcuna probabilità, la presunzione di sopravvivenza è determinata dal vigore dell'età e del sesso. Ciò non significa che il giudice possa decidere la questione secondo le probabilità risultanti, in ciascuna specie, dalla forza dell'età e del sesso; il legislatore stesso ha stabilito talune presunzioni fondate su probabilità di forza. Ecco quali sono queste presunzioni (art. 721 e 722):

« Se coloro che perirono insieme avevano meno di quindici anni si presume che sia sopravvissuto il più avanzato in età » (art. 721). Durante i primi quindici anni della vita le forze del fanciullo vanno crescendo: il più avanzato in età è dunque più vigoroso, egli ha potuto lottare dl più a lungo contro il pericolo; perciò è probabile che sia sopravvissuto. Per vero vi è una probabilità puramente teorica, ma che i fatti smentiranno molto spesso! Se uno dei commorienti ha quattordici anni e l'altro quindici, si presume che questi sia sopravvissuto; ora può darsi che sia costui un fanciullo gramo mentre l'altro inferiore d'età è tutto pieno di vita: la presunzione sarà certo contraria alla realtà, e nondimeno vincolerà il magistrato!

« Se erano tutti maggiori di sessant'anni, si presumerà che sia sopravvissuto il meno avanzato d'età ». È l'epoca in cui le forze dell'uomo cominciano a scemare e vanno sempre diminuendo; il meno vecchio avrà dunque probabilmente potuto lottare più a lungo e sarà riuscito a sopravvivere. In astratto, tale probabilità è certamente vera, ma nel fatto, quante saranno le eccezioni! Anche qui dunque abbiamo un alea, un diritto basato sopra una specie di lotteria.

« Se gli uni avevano meno di quindici anni e gli altri più

---

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Mort*, § 1, art. 1 (t. XX, p. 411).
(2) Lebrun, *Des successions*, cap. 1, sez. 1, n. 16, p. 5.

di sessanta, si presumerà che siano sopravvissuti i primi » La legge presume, e ciò è nell'ordine della natura, che i più giovani siano morti per gli ultimi. Si vede qui assai chiaramente quanto vi sia d'incerto e di puramente congetturale in queste presuzioni di sopravvivenza: un fanciullo nato ieri si presumerà sopravvissuto in un naufragio, in un incendio ad un uomo di sessantun'anni, il quale se pure sul declinare dell'età è nondimeno capace di lottare contro la morte, mentre il neonato dovrà immediatamente soccombere.

« Se coloro che perirono insieme avevano compita l'età di anni quindici e non oltrepassavano quella di sessanta ove siano del medesimo sesso, si presumerà che il più giovane sia sopravvissuto al più vecchio ». Lo stesso legislatore avverte che egli segue in questo caso, la presunzione di sopravvivenza e che dà luogo all'apertura della successione secondo l'ordine naturale. Siccome le forze fisiche fra persone del medesimo sesso sono a un dipresso uguali in questo periodo della vita, soltanto la differenza di età avrebbe potuto servire di base ad una presunzione. Ma anche questa probabilità è così lieve che ci troviamo sempre di fronte ad una regola generale soggetta a mille eccezioni. E tuttavia il giudice è vincolato alla regola!

Il legislatore non ammette che un'eccezione, egualmente generale, derivante dalla differenza di sesso; nel periodo dai quindici ai sessant'anni si presume sempre che il maschio abbia sopravvissuto, quando vi sia uguaglianza di età o se la differenza non ecceda un anno. L'uomo, in generale, ha più vigore e più energia della donna: è vero; ma quando si tratta di lottare per la vita, il coraggio individuale prevale sulla forza fisica. Il legislatore non ha potuto tener conto di tutte queste considerazioni (1).

517. Ecco le presunzioni stabilite dal legislatore per risolvere la questione dei commorienti. Perchè la legge vi ha fatto ricorso, se sono così incerte ed aleatorie? Gli oratori del governo e del Tribunato rispondono che era indispensabile di stabilire delle presunzioni, essendo il solo mezzo per decidere la questione della sopravvivenza; la quale deve pure poter risolversi, poichè di fatto uno dei commorienti sarà sopravvissuto raccogliendo l'eredità degli altri, di guisa che trasmetterà agli eredi la sua successione aumentata dei beni che appartenevano ai primi defunti. In mancanza di prove dirette della sopravvivenza fu mestieri d'accontentarsi di probabilità (2). Ma non è soltanto necessità, si dice, è pure giustizia (3). Dal momento che uno

---

(1) Chabot, t. I, p. 28-32.

(2) Treilhard, Esposizione dei motivi, n. 5 (Locré, t. V, p. 91). Siméon, Discorsi, n. 10 (Locré, t. V, p. 132).

(3) Toullier, t. II, p. 47, n. 78 *bis*. Confronta Demolombe, t. XIII, p. 140, n. 40. Malpel, p. 45.

dei commorienti sopravvive consegue l'eredità del premorto; sarebbe ingiusto privare gli eredi di colui che muore l'ultimo d'un diritto che tengono dalla legge. Noi crediamo che nè la necessità, nè la giustizia richiedessero che si stabilissero queste presunzioni di sopravvivenza.

Non può parlarsi di necessità assoluta, poichè i principii generali bastavano a decidere cui spettassero i beni lasciati dai commorienti. Il legislatore stesso ha stabilito tali principii al titolo dell'*Assenza*. A termini dell'art. 135, chi reclama un diritto devoluto ad un individuo la cui esistenza non sia riconosciuta, dovrà provare che il detto individuo era in vita quando il diritto ha avuto luogo; sino a che non dia la dimostrazione di ciò, la sua domanda non sarà ammissibile. L'art. 136 applica questo principio all'acquisto di una successione: « Aprendosi una successione, alla quale sia chiamata una persona della quale non consti l'esistenza, sarà devoluta esclusivamente a quelli coi quali essa avrebbe avuto diritto di concorrere od a quelli cui sarebbe spettata in mancanza dell'assente ». Questi principii sono sufficienti a decidere la questione che si presenta in caso di commorienza. Gli eredi di Pietro pretendono che il loro autore sia sopravvissuto, che abbia conseguita la successione di Paolo e che l'abbia quindi loro trasmessa; dovranno essi provare la sopravvivenza, perchè è questa la sola condizione che fa nascere il loro diritto all'eredità di Paolo: se non giungono a dare tal prova, la loro domanda dovrà essere respinta. Che diverrà la successione di Paolo? Passerà ai suoi eredi. Qui ci si arresta, in nome della giustizia; è iniquo, si dice, che i beni di Paolo cadano in possesso di altri eredi allorchè Pietro era chiamato a succedergli. Senza dubbio Pietro deve ereditare da Paolo, ma ad una condizione, cioè che si provi aver egli sopravvissuto: se a ciò non si riesce come mai si dirà ingiusto il fatto di non attribuire una successione a chi non può provare di essere ancora in vita al momento in cui si è aperta? Si dirà che vi sono probabilità di sopravvivenza? Noi risponderemo che le probabilità non sono una prova, che esse possono ingannare, che inganneranno anche spessissimo, ed allora la pretesa giustizia diverrà un'ingiustizia. In mezzo a tutte queste incertezze, che cosa si presentava più opportuno? Nel dubbio, astenersi e lasciare il corso ai principii (1).

518. Nasce ora la questione di sapere se le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli articoli 721 e 722 siano applicabili a casi non previsti dal legislatore. Si possono estendere per analogia? Uno dei nostri migliori autori risponde affermativamente, senza esitare, come se si trattasse di una verità evidente. Basta, dice Toullier, che la legge abbia una volta stabilite delle regole generali perchè queste debbano applicarsi a

(1) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 278, n. 401; Toullier, t. II, 2, p. 46, n. 78 *bis*; Vazeille, t. I, p. 4.

tutti i casi simili ove sia la stessa ragione di decidere, senza che occorra di ripetere queste regole (1). É l'argomentazione analogica che è di diritto comune. Toullier ed i suoi fautori dimenticano che queste che si pretendono regole generali non sono che presunzioni stabilite dalla legge; ora, non è forse principio elementare che le presunzioni legali debbono essere interpretate in senso ristretto? Ciò risulta dal testo medesimo del codice civile. Che dice l'art. 1350? « La presunzione legale è quella che una *legge speciale* attribuisce ad atti od a fatti determinati ». Perchè la presunzione esista, occorre dunque una *legge speciale*: perciò non vi potrà essere presunzione senza una espressa norma di legge. Nulla, del resto, è più logico. La natura stessa delle presunzioni dimostra che esse non possono venir estese dall'uno all'altro caso, neppure per analogia. Infatti che cosa è una presunzione? L'art. 1349 la definisce: la conseguenza che la legge deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto. È adunque un semplice ragionamento fondato su probabilità, e questo semplice ragionamento fa prova in quanto che la presunzione legale tien luogo di prova per la parte in cui favore esiste. Che fa dunque l'interprete il quale applica una presuzione per via d'analogia? Pone il proprio ragionamento nel grado stesso di quello del legislatore, crea una presunzione. Un semplice ragionamento dell'interprete basterà dunque per dispensare dalla prova quegli cui essa incombe! Le presunzioni legali sono eccezioni, e fra tutte le eccezioni, le leggi che stabiliscono presunzioni sono quelle che devono interpretarsi più strettamente, poichè derogano a principii fondamentali, dispensando dalla prova colui che, secondo il diritto comune, deve fornirla, e surrogando alla prova diretta un semplice ragionamento. La nostra conclusione è che le presunzioni non possono estendersi da un caso all'altro, ancorchè vi sia identità di motivi. Questo principio è ammesso dalla maggior parte degli autori (2); disgraziatamente non viene applicato con quella rigidezza che è necessità imprescindibile della nostra scienza. Molte volte abbiamo detto quanto la dottrina sia esitante in materia di presunzioni; ne vedremo una prova novella per quanto riflette le presunzioni di sopravvivenza.

519. Abbiamo insistito sul principio; se lo si ammette, le applicazioni saranno facili. Ma occorre un principio. Basta leggere Chabot, uno dei nostri buoni scrittori, per vedere a quali inconseguenze deplorevoli possano giungere i più distinti

---

(1) TOULLIER, t. II, 2, p. 42, n. 78. MALPEL, p. 40. VAZEILLE, t. I, p. 40.

(2) DEMANTE, *Cours analytique,* t. III, p. 19, n. 22 *bis* III. DURANTON, VI, p. 52. n. 48. MARCADÉ, t. III, p. 17 e seg. (art. 722, n. 3). ZACHARIAE, edizione di MASSÉ e VERGÉ, t. II, p 236, nota 2. DEMOLOMBE, t. XIII, p. 144, n. 111. VAZEILLE, t. I, p. 12, n. 6.

ingegni quando corrono all'avventura, senza bussola che li diriga in questo pelago di dubbi che si chiama la scienza del diritto. Quei medesimi giureconsulti che riconoscono il principio da noi formulato sembrano scordarlo dall'una all'altra pagina, tanto sono abituati a decidere le questioni alla stregua dei motivi immaginati per le necessità della loro causa, come avviene in tribunale. Non facciamo questa osservazione per spirito di critica o di denigrazione, ma per nostra scusa. Siamo costretti ad addentrarci nei dettagli perchè abbiamo caro di ristabilire i veri principii e di mantenerli con ferreo rigore: donde deriva che il lavoro nostro acquista una estensione che non avevamo certo in animo di dargli.

La legge non prevede due ipotesi: fra coloro che perirono insieme, gli uni erano al disotto dei quindici anni, e gli altri ne avevano più di quindici e meno di sessanta; ovvero gli uni avevano più di quindici anni e meno di sessanta mentre tutti gli altri erano superiori a quest'ultima età. Poichè la legge non prevede questi casi, bisogna applicare il nostro principio che dice come, in mancanza di testo, non vi può essere presunzione legale. Rientriamo quindi nei principii generali come li formula il codice agli articoli 135 e 136. Una volta ammesso il principio, la conseguenza è evidente. Nondimeno Demolombe, che stabilisce il principio con grande chiarezza, decide che in queste due ipotesi è *evidente* che l'individuo maggiore dei quindici anni e minore dei sessanta si *presumerà* sopravvissuto. Una *presunzione evidente*, mentre non vi è in proposito una formale disposizione della legge costituisce nel tempo istesso un'eresia giuridica ed una inconseguenza inescusabile. Che si dice per palliarla? Si confessa che la legge non prevede *esplicitamente* le nostre due ipotesi, ma si afferma che essa però si applica *implicitamente* ed anche *a fortiori*. Una presunzione *implicita*, allorchè non vi è testo *esplicito*, una presunzione stabilita *a fortiori*, si comprende di fronte alla dottrina di Toullier che vede nelle presunzioni una regola generale; non si comprende più quando si comincia collo stabilire come principio che « le presunzioni legali non possono essere estese ad un fatto diverso da quello cui tassativamente si applicano », che « estenderle, sarebbe crearle, ed il solo legislatore ha facoltà di stabilire una presunzione legale ». Tutte queste contraddizioni si trovano a poche pagine di distanza. Marcadé stabilisce il medesimo principio, e cade nella stessa inconseguenza; ora che dice egli per giustificare questo strano modo di procedere? Che la cosa si intende da sè! (1). Così vi sono presunzioni che si costituiscono da sè medesime!

520. Due persone periscono nel medesimo avvenimento; ma

---

(1) DEMOLOMBE, t. XIII, p. 132, n. 102. MARCADÉ, t. III, p. 17 (art. 722, n. 11).

non sono chiamate rispettivamente alla successione l'una dell'altra. Pietro è erede di Paolo, ma Paolo non è erede di Pietro. Si applicheranno le presunzioni legali di sopravvivenza? No, certamente, se si vuol rimanere fedeli al principio d'interpretazione che restringe le presunzioni legali ai casi previsti dalla legge (1). Duranton è di parere, come noi, che le presunzioni non esercitano il loro impero che nei casi pei quali furono specialmente stabilite, cosa che egli dimostra egregiamente alla pagina 52, n. 48. Più avanti egli estende le presunzioni degli articoli 721 e 722 al caso in cui i commorienti non sono eredi l'uno dell'altro, quantunque la legge limiti espressamente le presunzioni di sopravvivenza alla ipotesi in cui le persone che periscono in un medesimo avvenimento sono chiamate alla successione reciproca; ciò si legge alla pag. 44, n. 45. Che cosa è dunque un principio? Non è forse una regola che rechi la espressione del vero e del giusto? E quanto è vero alla pagina 52 può forse non esserlo più alla pagina 44? Che si respinga il principio, pazienza! Che si rigetti anche qualunque principio e si navighi in balìa dei venti, sia pure! Ma che si stabilisca un principio e non lo si applichi, un tal modo d'interpretare la legge fa sì che una scienza, essenzialmente logica, diviene completamente illogica. Se è così, noi non comprendiamo proprio il perchè vi siano leggi, il perchè s'insegni il diritto, il perchè si scrivano dei volumi intorno a questo!

521. Vedremo che cosa la legge e la scienza del diritto divengano quando non si hanno principii certi. Chabot è uno degli ingegni più chiari, più limpidi che noi conosciamo. Il suo *Commentario sulla legge delle successioni* è, sotto molti aspetti, un'opera superiore; ma gli mancano i principii ed il suo meraviglioso buon senso non può tenerne luogo. Si domanda se le presunzioni legali di sopravvivenza siano applicabili al caso in cui due persone, rispettivamente chiamate alla successione l'una dell'altra periscono, non nel medesimo avvenimento, ma nello stesso giorno. Se si avesse un po' di rispetto pel testo, la questione non si solleverebbe neppure, poichè la legge dice e ripete che, perchè la sopravvivenza si stabilisca per via di presunzione, occorre che i commorienti periscano insieme, vittime del medesimo accidente. V'ha di più, non si può invocare neppure analogia quando la morte avviene in eventi diversi; Chabot lo confessa. « È ben evidente, egli dice, che le differenze di forza, di età e di sesso, buone a considerarsi quando si tratta di due persone le quali, nello stesso evento, avevano a difendersi contro un pericolo comune, divengono indifferenti e nulle, quando si tratta di due persone ciascuna delle quali

(1) Demolombe, t. XIII, p. 138, n. 109 e p. 147, n. 112. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 279, n. 402.

ha soccombuto, o per infermità, o per accidente affatto particolare ad ognuna ». Qual conclusione si può trarre da ciò? È ben necessario, dice Chabot, che si ammetta una presunzione qualunque; egli si fa quindi a ricercarne una, quella che risulta dall'ordine della natura, val dire che il più giovane « *deve presumersi* sopravvissuto al più vecchio ». Se si domandasse a Chabot con qual diritto, egli interprete, crea delle presunzioni? Giacchè egli stesso confessa d'immaginarne una. E perchè? Perchè una occorre (1). Ma dove è detto che una presunzione sia necessaria? Le presunzioni sono eccezioni; e non abbiamo noi una regola scritta negli articoli 135 e 136?

522. Si possono applicare le presunzioni degli articoli 720 e 722 alle successioni testamentarie o contrattuali? Vazeille trova che le presunzioni sono poco consiliabili, egli preferirebbe che non ve ne fossero punto; è questa, dice, una ragione di più per non estenderle. Ciò è scritto a pagina 12 numero 6; ed alla pagina 11, numero 5, non esita invece ad estenderle alle successioni testamentarie e contrattuali. Abbiamo detto che le estende. Infatti, gli articoli 720 e 722 stanno sotto il titolo delle *Successioni ab intestato,* e non si possono quindi applicare alle donazioni ed ai testamenti. Dicendo che la legge stabilisce le presunzioni di sopravvivenza per le successioni *ab intestato,* ci esprimiamo male: il titolo I è intitolato *Delle successioni;* ora il codice non conosce tre specie di successione, ma una sola, ed ecco perchè la chiama *successione,* senza aggiungere *ab intestato.* Dunque le donazioni e i testamenti non dànno luogo ad una successione propriamente detta. Ciò decide la nostra questione. Non insistiamo, perchè la giurisprudenza è d'accordo con la maggior parte degli autori per rispondere come noi abbiam fatto. Citeremo la sentenza della Corte di Bordeaux, perchè stabilisce nettamente il principio da noi sostenuto (2). « Le presunzioni legali, dice la Corte, non sono in sè stesse che semplici congetture, le quali possono ingannare, e che traggono dalla legge tutta la loro autorità; è dunque nella loro natura, come d'altronde risulta dagli articoli 1350 e 1352, che non abbiano se non un valore relativo, limitato ai casi speciali in cui il legislatore ha loro accordato forza di prova. Ora, pel luogo che occupano, come per i motivi che li hanno dettati, gli articoli 720 e 722 si riferiscono esclusivamente all'ordine delle successioni stabilite dalla legge; per conseguenza, in quanto concerne le liberalità fatte per testamento o per contratto di matrimonio, la regola generale conserva il suo impero, e spetta

---

(1) CHABOT, t. I, p. 17, n. 5.

(2) Bordeaux, 29 gennaio 1849 (DALLOZ, 1850, 2, 180). Nel medesimo senso, Parigi, 30 novembre 1850 (DALLOZ, 1851, 2, 180). DEMOLOMBE, t. XIII, p. 157, n. 117, e gli autori che cita.

a colui che trae profitto dalla premorienza del disponente di provare che costui è veramente morto pel primo ».

523. Chi può invocare le presunzioni di sopravvivenza? Le presunzioni sono una prova, e quindi tutti coloro che possono esercitare i diritti di chi è morto l'ultimo possono pel medesimo motivo giovarsi dei mezzi di prova stabiliti dalla legge. É questo il diritto comune; e la legge non vi deroga. Si domanda se i creditori possono invocare le presunzioni. La questione non dovrebbe essere neppur sollevata. Infatti, si tratta d'un diritto puramente pecuniario, del diritto d'eredità; ora, i creditori possono esercitare tutti i diritti pecuniari del loro debitore, e per conseguenza profittano delle presunzioni che servono di prova. Lo stesso accade per tutti gli aventi causa dell'ultimo defunto, come i donatari e legatari. Per i legatari però bisogna fare una restrizione. Se sono legatari universali, si troveranno in conflitto con gli eredi legittimi dei commorienti; se questi non hanno diritto alla quota di riserva, il legatario universale avrà il possesso di diritto di tutta l'eredità, sarà egli l'erede di chi muore per l'ultimo: ora, noi abbiamo veduto che le presunzioni non si applicano se non agli eredi chiamati dalla legge. Dunque il legatario universale non ne può profittare. Egli lo potrebbe se concorresse con riservatari, poichè, in questo caso, costoro hanno il possesso di diritto e sono eredi; il legato universale non è, a vero dire, che un legato a titolo universale, e chi lo reclama diviene un semplice avente causa di chi è morto per l'ultimo (1).

SEZIONE II. — Dove si aprono le successioni?

524. A termini dell'articolo 110, la successione si apre nel domicilio del defunto. È innanzi al tribunale del luogo in cui il defunto era domiciliato all'epoca della sua morte che debbono essere promosse le azioni concernenti l'eredità. Importa molto adunque di conoscere qual sia questo domicilio. La questione si risolve secondo i principii da noi esposti al libro 1.° del codice civile, titolo III. Abbiamo ivi esaminata la controversia circa al punto di sapere se un Francese può avere un domicilio all'estero, pur conservando l'animo di ritorno, val dire la sua nazionalità. L'affermativa non è dubbia. Segue da ciò che tanto la sua successione quanto quella di sua moglie s'apriranno all'estero, nel luogo in cui il defunto era domiciliato, e per conseguenza i tribunali francesi saranno incompetenti (2). Se il

---

(1) CHABOT, t. I, p. 18, n. 6. DURANTON, t. VI, p. 50, n. 47. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 280, n. 403.

(2) Sentenza di rigetto del 21 giugno 1863 (DALLOZ, 1865, 1, 418).

Francese ha conservato il suo domicilio in Francia, si applicherà naturalmente l'articolo 110, e le conseguenze che ne derivano (1). Quando il Francese risiede all'estero, ed ha conservato il suo domicilio in Francia, si presenta qualche difficoltà sulla competenza dei tribunali relativamente ai beni che il defunto possiede all'estero. Noi le esamineremo trattando della capacità richiesta per succedere. Egli è lo stesso della successione d'uno straniero residente in Francia o che vi possegga dei beni. Regolarmente sarà domiciliato all'estero, ed ivi s'aprirà la sua successione: ma se vi sono Francesi chiamati alla sua eredità, i tribunali francesi hanno competenza per tutelare gli interessi dei Francesi, in conformità alle leggi che regolano i diritti successori dei Francesi in concorso con gli eredi stranieri (n. 568).

Se lo straniero ha un domicilio in Francia, la sua successione s'aprirà nel luogo in cui è domiciliato. Può lo straniero avere un domicilio in Francia, e qual'è questo domicilio? Noi abbiamo esaminata la questione trattando del domicilio (2). A nostro parere, bisogna applicare allo straniero i principii che regolano il domicilio degli indigeni. La giurisprudenza è oscillante e senza alcun principio fisso. Mentre la Corte di cassazione decide che lo straniero non può acquistar domicilio in Francia se non quando vi si stabilisce con l'autorizzazione del governo (3), la Corte di Bordeaux ritiene invece che lo straniero conservi anche in questo caso il suo domicilio all'estero (4). Dobbiamo ancora rivolgere alla giurisprudenza della Corte di cassazione un altro rimprovero, che cioè essa confonde due questioni essenzialmente diverse. Supponendo che lo straniero sia domiciliato in Francia, ne seguirebbe che la sua successione sarebbe regolata dalla legge francese. È una questione di statuto. Rinviamo allo svolgimento che abbiamo dato altrove a questa difficile materia (5).

525. La competenza dei tribunali è determinata dal luogo in cui la successione si apre. Secondo l'articolo 822 combinato con l'articolo 59 del codice di procedura, occorrono diverse distinzioni. Innanzi a qual tribunale debbono essere promosse le azioni che uno degli eredi o consuccessori universali promuove contro i suoi coeredi? Bisogna distinguere se l'azione è promossa durante la comunione ovvero soltanto dopo la divisione.

L'articolo 59 dice che le domande fra eredi, sino alla divisione inclusivamente, saranno portate innanzi al tribunale del luogo in cui la successione si è aperta. Tali sono le domande

---

(1) Tolosa, 7 dicembre 1863 (DALLOZ, 1864, 2, 41).
(2) Vedi il t. II dei miei *Principii*, n. 68.
(3) Cassazione, 12 gennaio 1869 (DALLOZ, 1869, 1, 294).
(4) Bordeaux, 16 agosto 1845 (DALLOZ, 1847, 2, 45).
(5) Vedi il t. I dei miei *Principii*, n. 87.

di collazione (1), di rendimento di conti (2) e tutte le contestazioni sulle operazioni della divisione, sia preliminari, sia definitive. La vendita all'incanto di taluni beni ereditarii è ordinariamente una delle operazioni che hanno per obbietto la formazione della massa; rientra dunque nei termini della legge. Questa regola si applica anche ai successori universali che non sono eredi, come i successori irregolari, donatarii o legatarii: non vi è alcuna ragione per fare una differenza tra i diversi successori; i motivi che determinano la competenza sono comuni a tutti. La legge ha data giurisdizione al tribunale del luogo in cui la successione si apre, per ogni specie di azioni, personali o reali, al fine di evitare che tribunali diversi non siano investiti di domande concernenti una sola e medesima successione, sia in causa del differente domicilio dei varii successori, sia in causa della situazione dei beni. D'altronde, è appunto nel luogo in cui la successione è aperta che meglio si conoscono i beni e gli affari del defunto.

Quando la divisione è compiuta, ciascuno dei condividenti è divenuto proprietario esclusivo dei beni compresi nella sua quota, le liti che insorgono fra di essi non riguardano più la massa; per conseguenza non vi è più alcun motivo di derogare alle alle regole generali sulla competenza. Tuttavia l'articolo 822 vuole che le domande relative alla garenzia delle quote fra condividenti e quelle per rescissione della divisione siano portate innanzi al tribunale del luogo in cui si è aperta la successione. Queste azioni sono la conseguenza della divisione, tendendo le prime alla sua esecuzione, le altre al suo annullamento perchè si proceda poi ad una nuova divisione; era dunque conveniente mantenere la competenza del tribunale in cui la successione è stata aperta, poichè nella controversia sono impegnati gli interessi generali dei successori.

526. Gli eredi, procedendo alla divisione, hanno lasciato indivisi taluni immobili. Si domanda innanzi a qual tribunale debba esser promossa l'azione di licitazione di questi immobili. Fu giudicato che il tribunale del luogo in cui la successione si apre, non è più competente, perchè non si tratta più della divisione della eredità, ma soltanto di taluni immobili rimasti indivisi (3); l'azione dovrà essere promossa innanzi al tribunale del luogo in cui i beni sono collocati. Ciò suppone che non si tratti d'una divisione parziale, ma definitiva; in questo caso, è vero il dire, con la Corte di Parigi, che la comunione sussistente riguardo a taluni beni non è più una comunione fra coeredi: se i condividenti han convenuto di possedere taluni

---

(1) Sentenza di rigetto, 16 febbraio 1842 (Dalloz, alla parola *Succession*, n. 1670,
(2) Sentenza di rigetto, 1.° luglio 1817 (Dalloz, alla parola *Compétence*. n. 259).
(3) Sentenza di rigetto dell'11 maggio 1807 (Dalloz, alla parola *Comepétenc* n. 75).

immobili in comune, li posseggono a titolo di comunisti, quindi l'articolo 822 è fuori di questione (1). Ma dovrebbe essere applicato se la prima divisione non fosse che parziale; ne occorrerà allora una seconda, la quale cade come la prima sotto l'applicazione dell'articolo 822 (2).

Non bisogna confondere questo caso con quello in cui, posteriormente alla divisione, un terzo, che pretende di possedere la qualità d'erede, promuova una domanda in petizione d'eredità contro i condividenti. Quest'azione dev'essere portata innanzi al foro dell'aperta successione. Infatti, non si tratta d'una domanda originata da una divisione, essendo questa estranea all'attore, poichè non vi è stato parte; riguardo a lui, l'eredità è dunque ancora indivisa, e per conseguenza egli si trova nei termini come nello spirito dell'articolo 50 del codice di procedura. Egli può invocare anche l'articolo 822 del codice civile, poichè la sua azione tende ad annullare la divisione. La Corte di cassazione ha deciso così, e la questione non è dubbia (3).

527. Quanto alle azioni dei creditori del defunto, bisogna egualmente distinguere. Se sono promosse prima della divisione, debbono essere portate innanzi al tribunale del luogo in cui la successione si è aperta. Dopo la divisione, si osserveranno i principii generali che regolano la competenza. Le ragioni della distinzione sono le stesse che militano per gli eredi. Bisogna aggiungere che i creditori ignorano spesso quali siano gli eredi. Inoltre può esservene un gran numero; la liquidazione dei debiti sarebbe allora singolarmente complicata se i creditori dovessero convenire i diversi eredi innanzi al tribunale del domicilio. É vero che se i debiti non sono pagati prima della divisione, l'inconveniente sussiste ancora; ma ordinariamente lo si previene imponendo ai diversi eredi il pagamento integrale dei debiti ereditari (4).

La legge non deroga alle regole generali sulla competenza che per le istanze dei creditori, vale a dire per le azioni personali. Quanto alle azioni reali, si segue il diritto comune. Perciò le procedure di espropriazione forzata vanno portate avanti al tribunale del luogo dove i beni sono collocati. I motivi che hanno indotto il legislatore a derogare alla competenza non si applicano alle azioni reali; queste restano dunque sotto l'impero dei principii generali (5).

---

(1) Parigi, 22, novembre 1838 (Dalloz, alla parola *Compétence*, n. 57). Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 454, n. 660. Demante, t. III, p. 233, n. 154 *bis* I.

(2) Demolombe, t. XV, p. 618, n. 633.

(3) Sentenza di rigetto del 25 febbraio 1860 (Dalloz, 1860, 1, 94).

(4) Orléans, 11 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 2, 113). Demante, t. III, p. 235, n. 154 *bis* II.

(5) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. IV, p. 165, n. 6. La questione è controversa. Vedi la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Compétence*, nn. 92-94.

528. Tali regole ricevono eccezione quando le parti contraenti hanno eletto un domicilio per l'adempimento delle loro convenzioni. I contratti formano la legge delle parti; derogando ai principii che regolano la competenza, la legge non ha inteso di infrangere i vincoli delle parti interessate; lungi da ciò, essa accorda invece loro la sanzione della pubblica autorità. Ne consegue che le regole speciali in materia di successione non ricevono applicazione se non quando le parti rimangono sotto l'impero del diritto comune (1).

Fu giudicato che le regole di competenza stabilite in materia di successione ricevono eccezione quando non vi è che un solo erede. Infatti il testo medesimo del codice di procedura non può più trovare applicazione in questo caso. Esso suppone l'esistenza di più eredi, che il creditore può bene non conoscere; questo motivo vien meno quando l'erede è invece unico. Il codice vuol prevenire la divisione delle azioni; ora, quando non vi è che un solo erede, non vi è divisione. È detto nell'articolo 59 che le azioni promosse *prima della divisione* debbono essere portate innanzi al tribunale del luogo in cui la successione si è aperta; ora, non vi è divisione quando l'erede è uno solo. Perciò il testo e lo spirito della legge impongono l'applicazione delle regole generali intorno alla competenza (2).

529. Il codice di procedura (art. 59) aggiunge che il tribunale del luogo in cui la successione si è aperta è ancor competente a giudicare delle domande relative all'adempimento delle disposizioni a causa di morte sino alla sentenza definitiva. Qual'è il motivo di questa regola? Le domande relative all'adempimento dei legati hanno per oggetto la tradizione delle cose legate, che il legatario deve domandare all'erede investito del possesso di diritto; la tradizione è pel legatario ciò che l'azione di divisione è per l'erede: donde segue che i motivi per cui le domande degli eredi debbono essere portate innanzi ad un tribunale unico si applicano per via di analogia alle azioni dei legatarii. Vi è tuttavia una differenza; la legge dice che il tribunale del luogo in cui la successione si è aperta è competente *sino alla sentenza definitiva.* Qual'è questa sentenza? La questione è controversa. Si pretende che sia la sentenza la quale omologa la divisione; donde seguirebbe che dopo la divisione l'azione dei legatarii non è *regolata* dall'art. 59. Questa interpretazione è contraria al testo ed allo spirito della legge. Il codice non dice *sino alla divisione,* bensì *sino alla sentenza definitiva,* il che implica una controversia tra legatarii e gli eredi. Poco importa che questa nasca dopo la divisione. La divisione non riguarda i legatarii, e non può esser mai opposta

---

(1) Poitiers, 22 maggio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 191).

(2) Orléans, 11 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 2, 113). È questa l'opinione generale (Dalloz, alla parola *Compétence,* nn. 85 e 86).

loro. La domanda di costoro ha per obbietto l'esecuzione dei legati, la tradizione delle cose legate, il che tien luogo per essi di divisione; dunque tanto secondo lo spirito quanto secondo la lettera della legge, l'azione deve sempre esser recata avanti al tribunale del luogo in cui la successione si è aperta, senza che importi se vi sia o no divisione, ed ancorchè divisione non occorresse, come accade quando vi è che un solo erede (1).

CAPITOLO II.

DELLE QUALITÀ RICHIESTE PER SUCCEDERE.

530. Quali sono le qualità richieste per succedere? Domat risponde che la capacità esiste quando non vi siano speciali incapacità. Per sapere chi può essere erede, bisogna dunque vedere quali persone non possano esserlo; poichè all'infuori di queste, ogni altra ha piena capacità al riguardo. Vi sono due categorie di persone cui è contesa la qualità di erede: quelle che ne sono incapaci e quelle che se ne resero indegne (2). Così risponde Domat alla questione: e la risolve piuttosto in modo negativo che affermativo. Il codice civile stabilisce lo stesso principio e negli stessi termini. Anche la sua decisione è negativa, nel senso che l'art. 725 dichiara quali siano le persone *incapaci* di succedere, e l'art. 726 dice quali siano le *indegne*. Chi ha dunque le qualità richieste per succedere? Le persone che non sono nè incapaci nè indegne. La redazione della legge non è senza importanza, come diremo trattando degli effetti dell'indegnità.

531. Le regole concernenti l'incapacità o l'indegnità sono generali nel senso che si applicano ad ogni specie di successione? Fu giudicato che esse trovano applicazione alle successioni testamentarie: noi ritorneremo in questo punto al titolo delle *Donazioni*. Diversa è la questione di sapere se le cause d'incapacità e d'indegnità siano applicabili alle successioni irregolari. L'affermativa non è dubbia. Infatti, i termini della legge sono generali. Il capitolo II è intitolato: « Delle qualità richieste per *succedere* »; e l'art. 626 dichiara: « Sono indegni di *succedere* e come tali esclusi dalle *successioni* ». Ora, i successori irregolari succedono: possono anche conseguire tutti i

---

(1) Gli autori sono scissi e la giurisprudenza è oscillante. Vedi le autorità citate in DALLOZ. alla parola *Compétence*, nn. 97-101. Confronta DEMOLOMBE, t. XV, p. 623, nn. 685 e 686.

(2) DOMAT, *Des lois civiles*, II parte, libro I, tit. II, n. 1, p. 335 e 336.

beni che compongono l'eredità, e ne acquistano la proprietà al medesimo titolo che gli eredi legittimi, val dire, in virtù della legge al momento della morte, e di pieno diritto; occorre che abbiano dunque qualità a succedere. Basta leggere le disposizioni che stabiliscono le cause d'incapacità e d'indegnità per convincersi che i successori irregolari, come il figlio naturale ed il coniuge, non possono conseguire i beni quando sono incapaci o indegni. Quanto allo Stato, non si potrebbe per esso certamente parlare d'incapacità o d'indegnità (1).

532. Chi può opporre le cause che rendono taluno indegno od incapace a succedere? La legge non stabilisce alcuna regola a questo riguardo; ciò vuol dire che se ne rimette al diritto comune. Adunque tutti coloro che vi hanno interesse possono opporre al possessore di una eredità non aver egli le qualità richieste per succedere. Fu giudicato che il debitore convenuto da un erede gli può opporre la mancanza delle qualità richieste per succedere, se non era ancor concepito all'epoca dell'apertura della successione. Nella specie, il parente incapace era stato ammesso alla divisione dai veri eredi; ma questo riconoscimento non gli dava alcun titolo riguardo ai terzi: egli rimaneva senza alcuna qualità, dunque incapace, e per conseguenza senza alcun diritto a pretendere il pagamento dei crediti ereditarii (2). Lo stesso accadrebbe se un indegno si trovasse in possesso dell'eredità, o fosse ammesso alla divisione dai suoi coeredi: i debitori potrebbero respingere ogni sua azione, in virtù della legge, poichè l'art. 527 *esclude* gli indegni dall'eredità. E ciò che diciamo dei debitori è vero per tutte le parti interessate.

Sezione I. — Delle persone incapaci di succedere.

533. A termini dell'art. 725, sono incapaci di succedere: « Colui che non è ancora concepito, il fanciullo che non è nato vitale, il morto civilmente ». L'art. 726 soggiunge che lo straniero, giusta i principii, è incapace di succedere. Quest'ultima incapacità ha cessato di esistere in Francia e nel Belgio, come diremo più innanzi; anche la morte civile è abolita: di guisa che non rimane più se non l'incapacità dei figli non ancor concepiti al momento dell'apertura della successione, e di quelli che non nascono vitali. Queste due incapacità realmente non ne formano che una sola, poichè, secondo la teoria del codice, il fanciullo non vitale viene assimilato a quello nato morto, val dire ad un essere non esistente. Donde segue che la sola

(1) Demolombe, t. XIII. p. 236, n. 164.
(2) Nmes 16 gennaio 2, 126, 1850 (Dalloz 1851.

incapacità che sembra conservata nel diritto moderno è l'inesistenza (1). Ciò tuttavia è troppo assoluto. Rimane pure una certa incapacità la quale colpisce lo straniero che concorre con eredi francesi, nel senso che costoro esercitano un prelevamento in suo pregiudizio, come spiegheremo in appresso; si può dunque ancora, in un certo senso almeno, annoverarlo fra gli incapaci.

534. Nell'antico diritto erano incapaci di succedere i religiosi. Pothier ne dice le ragioni. Anzitutto, essi perdevano lo stato civile non appena facevano i voti; infatti, la professione consisteva nel considerarsi morti pel mondo: in quanto concerneva le relazioni civili, dovevano quindi ritenersi come defunti. L'altra causa era il voto di povertà che li rendeva incapaci d'acquistare immobili, e per conseguenza di raccogliere qualsivoglia specie di eredità, fosse pur mobiliare, poichè l'acquisto a titolo universale dei mobili era assimilato all'acquisto di immobili. Questa seconda ragione era decisiva. Il religioso poteva essere restituito alla vita civile dall'episcopato, e nondimeno restava incapace di succedere. Da un altro canto il religioso, sebbene venisse dispensato dai suoi voti dal pontefice, rimaneva incapace di raccogliere una eredità poichè, come dice Pothier, la potestà del Papa, che è puramente spirituale, non può restituirgli la vita civile che ha perduta (2).

Questa incapacità non esiste più nel nostro diritto moderno, quantunque rimangano ancora le ragioni che l'avevano determinata. Si ritiene sempre che il religioso rinunzi alla vita del mondo, come vuole la formola della professione che egli fa, ed il voto di povertà è ancora uno di quelli che distinguono il clero regolare. Se sussistono ancora le cause dell'incapacità, perchè questa non è conservata? Perchè il vincolo che univa testè l'ordine civile al religioso è infranto specialmente in quei luoghi, dove, come nel Belgio, la Chiesa è separata dallo Stato. Sotto il nuovo regime, gli atti religiosi non hanno più alcun effetto civile. Così sopratutto accade dei voti, poichè la legge non ne riconosce più alcuno. Ne risulta però sempre un deplorevole conflitto tra l'ordine civile e quello morale. Accade così ogni giorno che vi siano degli uomini i quali solennemente dichiarano di voler morire pel mondo, ma che risuscitano tosto non appena s'apre una successione cui sono chiamati dalla legge o dal defunto. Come avviene che, facendo voto di povertà, essi conseguano dei beni? Il voto di povertà, nell'ordine civile, è una menzogna. Fino a poco fa si diceva in Francia che bisognava diffidare dei gesuiti, gente che aveva una coscienza ultramontana a Roma e gallicana a Parigi. Og-

---

(1) Demolombe, t. XIII, p. 240, nn. 171-173.
(2) Pothier, *Traité des successions*, Cap. I, sez. II, § IV.

gidì ogni religioso ha una doppia coscienza: egli è morto e non è morto al mondo, fa e non fa voto di povertà. Può esservi mai senso morale dove esistono due coscienze?

§ I. — *Di quelli che non esistono.*

N. 1. — Del fanciullo non ancor concepito.

I. — Principio.

535. L'art. 725 prescrive: « Per succedere bisogna necessariamente esistere all'istante in cui si apre la successione ». Donde la legge conclude: « Perciò è incapace di succedere colui che non è ancora concepito ». Perchè è necessaria la condizione dell'esistenza al momento in cui la successione è aperta? Risponde Pothier: poichè chi succede acquista la proprietà dei beni lasciati dal defunto; ora, il nulla non può possedere (1). Ciò è di tutta evidenza. Ma non sta qui la vera difficoltà risoluta dall'art. 725. Si domanda: perchè la condizione dell'esistenza è richiesta precisamente nell'istante in cui si apre la successione? Perchè in questo momento appunto si trasmettono i beni del defunto; come dice l'antico adagio francese, *il morto investe il vivo*. Nel preciso istante in cui muore, il *de cuius* investe l'erede: è quindi necessario che costui esista; se non è concepito, non può operarsi a suo favore alcuna trasmissione di proprietà, ancorchè il concepimento segua poi, perchè all'epoca in cui ciò sarà per avvenire, la eredità è già stata trasmessa all'erede che esisteva al momento in cui la successione fu aperta: e non può certamente parlarsi più di trasmettere una eredità che è già stata trasmessa.

Il caso è assai frequente. Taluno muore lasciando eredi i suoi figli e discendenti. Dopo la sua morte, nasce un fanciullo che non era concepito all'apertura della successione; avrà egli una parte nell'eredità del suo avo? No, poichè non esisteva quando si è aperta; essa dunque fu trasmessa ed acquisita definitivamente dai figli e discendenti che in quel momento esistevano. Ciò è assai giuridico, ma è troppo duro. Nel fatto poi, come abbiamo detto, avviene che si attribuisce una parte dei beni ai postumi, ma ciò senza alcun diritto, per pura equità od umanità. La questione si è presentata tempo addietro, quando non vi era legge positiva, e fu risoluta in questo senso sulle conclusioni di d'Aguesseau. Serres riferisce una sentenza contraria del parlamento di Tolosa, che Merlin dice fondata sopra ragioni assai

---

(1) POTHIER, *Des successions*, Cap. 1, sez. II, art. 1.° DURANTON, t. VI, pag. 85, n. 67.

deboli. Tuttavia d'Aguesseau pensava che si potrebbe preferire il nipote allo Stato, non tanto come vero erede, ma come appartenente alla famiglia, e come meritevole, a questo titolo, di maggior favore che il fisco. Queste derogazioni al diritto, per motivi d'umanità, non sono più ammissibili sotto l'impero d'una legge che risolve imperativamente la controversia (1).

536. Dicendo che il fanciullo non concepito ancora quando la successione si apre è incapace di succedere, la legge dice implicitamente che il fanciullo concepito in questo momento, è capace. In niuna disposizione del codice è espressamente formulato il principio che il fanciullo concepito si reputi nato, e per conseguenza capace di esercitare i diritti che sorgono in suo favore. Nella dottrina romana, si ammetteva la finzione non in modo affatto assoluto, ma per taluni casi. Si è detto che in diritto francese era inutile ogni finzione, perchè la legge stabilisce come principio bastare il fatto dell'esistenza perchè si sia un essere capace di diritto; ora, il fanciullo concepito esiste (2). Ma così si considera il fanciullo concepito alla stessa stregua di quello che è nato: ora la legge non afferma una tal massima, non solo, ma dice piuttosto il contrario: il fanciullo nato vivo e vitale è una persona, e gode d'una capacità piena, mentre il fanciullo concepito non esiste ancora come persona; se può succedere, gli è a condizione, dice l'articolo 725, che nasca vitale. In questo senso il relatore del Tribunato spiega la legge. « Non è necessario, egli dice, che il fanciullo sia nato per essere abile a succedere, basta che sia concepito, poichè il fanciullo esiste realmente fin dall'istante del concepimento e si reputa nato *quoties de ejus commodo agitur*, a norma delle leggi romane. Questa *presunzione* di nascita, che si ragguaglia alla nascita stessa per deferire il diritto d'eredità, cessa se il fanciullo non nasce vitale » (3). Converrà quindi ritenere che il fanciullo concepito è considerato come capace di succedere, appunto nel senso romano, in virtù d'una finzione o d'una presunzione. Il principio è adunque che il fanciullo concepito si presume nato ogniqualvolta si tratti del suo interesse.

II. — Prova del concepimento.

537. Siccome la capacità o la incapacità di succedere dipendono dal momento preciso del concepimento, sarebbe di capitale importanza il poterlo determinare con sicurezza. Ma la cosa è

---

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Succession*, sez. I, § II, art. I (t. XXXII, pag. 267).

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 288, n. 416. DEMOLOMBE, t. XIII, p. 243, n. 174.

(3) CHABOT, Relazione, n. 14 (LOCRÉ, t. V, p. 107).

impossibile; ed è appunto per questa impossibilità che la legge stabilisce talune presunzioni al titolo della *Paternità*. Il figlio nato il 180.° giorno del matrimonio si reputa concepito durante il medesimo, e perciò legittimo; tale si presume pure il figlio che nasce entro i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio. Quando il marito si è trovato nella impossibilità di aver carnale commercio colla moglie, il figlio sarà legittimo se il marito non dimostra di non aver potuto coabitare con la moglie dal 300.° sino al 180.° giorno prima della nascita del figlio (art. 314, 315 e 312). Queste presunzioni, stabilite in favore della legittimità del figlio, possono invocarsi quando il figlio si presenta per conseguire un'eredità? Su tale questione regna sovrana l'incertezza; ciascun scrittore ha, si può dire, un sistema proprio. La giurisprudenza si è pronunziata per l'applicazione delle presunzioni. Se noi dovessimo scegliere fra le esitanze della dottrina e l'opinione consacrata dai magistrati, preferiremmo quest'ultima, che per lo meno ha il vantaggio di possedere un principio certo che mette fine ad ogni contestazione, e l'altro ancora che, cioè, l'istante del concepimento è stabilito in modo identico, sia che si tratti della legittimità del figlio, sia che si tratti del suo diritto all'eredità. Noi esporremo anzitutto questo sistema semplicissimo e per conseguenza assai pratico.

Un fanciullo nasce nove mesi e ventinove giorni dopo la morte della sua sorella uterina. Può succederle? Lo può dove si applichi la presunzione dell'articolo 315; essendo nato meno di trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio, è legittimo. Come legittimo, egli succede ai suoi genitori, e perciò sarà abile anche a succedere alla sorella; la successibilità, infatti, è una conseguenza immediata della legittimità. Questi sono i termini d'una sentenza di rigetto che approva altamente la decisione della Corte di Parigi, dicendo che quella magistratura si è *saggiamente* conformata ai principii generali che regolano nel tempo istesso la successibilità e la legittimità. In un'altra specie, la Corte d'Orleans ha ammesso alla successione di sua sorella un fanciullo nato 296 giorni dopo l'apertura della successione, invocando il principio consacrato dalla Corte di cassazione; la qualità d'erede è una conseguenza della legittimità: entrambe saranno quindi determinate dalle medesime regole. Il ricorso per cassazione prodotto contro questa sentenza venne respinto con un giudicato, che è però meno esplicito del primo (1). Da quell'epoca la questione non ebbe più a presentarsi avanti alla Corte suprema. Ma le Corti d'appello continuano a pronunziare nel medesimo senso.

La Corte di Grenoble ha ammesso alla successione un fanciullo nato 292 giorni dopo l'apertura della medesima. Giusta

---

(1) Sentenza di rigetto dell'8 febbraio 1821 e del 28 novembre 1823 (Dalloz, alla parola *Succession*, n. 851).

l'articolo 315, la legittimità di questo fanciullo non avrebbe potuto essere contestata. Bisogna dunque considerarlo come legittimo, val dire come nato prima della morte del defunto, anche in materia di successione, perchè, dice la sentenza, esiste una correlazione intima e necessaria fra le leggi che regolano lo stato delle persone e quelle che determinano la successibilità; se, per metter fine alle incertezze della scienza, il legislatore ha stabilito delle presunzioni che fissano in modo invariabile l'epoca del concepimento, le medesime ragioni esistono per la trasmissione dell'eredità, ed ove uguale è la ragione di decidere, uguale deve pure essere la decisione (1).

La giurisprudenza applica le presunzioni anche a danno del fanciullo. Fu giudicato che un fanciullo nato al di là dei 300 giorni dopo l'apertura della successione non può pretendervi alcun diritto. Avendo il legislatore stabilito un limite che fissa la durata della gravidanza per prevenire le incertezze, la medesima presunzione dovrà applicarsi in materia di successione, poichè in questa materia è pur necessario di evitare tutte quelle incertezze che nessun mezzo di prova potrebbe far scomparire. Il silenzio dal legislatore serbato a questo riguardo nell'articolo 725 non può spiegarsi che coll'intenzione sua di rimettersi alle disposizioni dell'articolo 315. Son questi i termini d'una sentenza della Corte di Poitiers (2).

538. Se fossimo chiamati a fare una legge in materia, noi la redigeremmo a un dipresso, giusta l'opinione della giurisprudenza. Ma la legge esiste, e si tratta di interpretarla. La questione è di sapere in qual modo il fanciullo il quale reclama una successione potrà dimostrare che al momento in cui quella si è aperta, egli era già concepito. Può egli invocare, a titolo di prova, le presunzioni che il codice stabilisce in materia di legittimità? Ecco la difficoltà, ed è singolare che le sentenze serbano il silenzio su questo punto, che forma veramente il nodo della questione. Posta su questo terreno, la giurisprudenza non potrebbe trovare giustificazione. Noi abbiamo già ricordati i principii che regolano le presunzioni legali; li ammettono autori e giudicati, per meglio dire, la legge stessa li consacra quando dice che la presunzione legale è quella che una *legge speciale* attribuisce a certi atti o a certi fatti (art. 1350).

Gli articoli 312, 314 e 315 stabiliscono delle presunzioni? Ciò non fu mai posto in dubbio, quantunque la parola non vi si trovi; tutti confessano che il legislatore ha dovuto ricorrere a presunzioni per determinare l'istante del concepimento, perchè esso non può essere stabilito con gli ordinari mezzi di prova. Bisogna inoltre aggiungere che non vi sono presunzioni più

(1) Grenoble, 20 gennaio 1853 (DALLOZ, 1855, 2, 39).
(2) Poitiers, 24 luglio 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 129), Confronta AUBRY e RAU, t. IV, p. 167, nota 2. DURANTON, t. VI, p. 92, n. 72.

speciali di quelle che fissano l'epoca del concepimento; esse sono create unicamente nell'interesse della legittimità: vi sono casi in cui, in tutta evidenza, sono ben lontane dal vero, ma il legislatore si è accontentato d'una finzione, poichè, come diceva il primo console, lo Stato non ha interesse che nascano figli adulterini. Possono mai le presunzioni, le quali non sono che finzioni contrarie alla realtà delle cose, venir estese a casi non preveduti dalla legge? No, certamente. Ci si arresta facendoci notare che la legittimità e la capacità di succedere sono unite da un vincolo necessario, perchè il diritto a succedere è inerente alla qualità di figlio legittimo. Rispondiamo che l'obbiezione o l'argomento confonde due ordini d'idee affatto diversi fra loro. Senza dubbio, la legittimità conferisce il diritto di succedere, ma basta forse essere legittimo per essere insieme capace di succedere? L'articolo 725 che determina le qualità richieste per succedere non parla neppure della legittimità, ma esso la suppone perchè tratta della successione, e perchè, in generale, succedono soltanto i parenti legittimi; ma anche i figli naturali succedono, ed anche questi dovranno essere concepiti al momento dell'apertura della successione. Tuttavia, è di piena evidenza che i figli naturali non possono invocare le presunzioni stabilite al titolo della *Paternità* in favore dei legittimi. Dunque la capacità di succedere non si confonde con la legittimità.

Si dirà che le due questioni sono almeno connesse ed inseparabili quando si tratta di figli legittimi. Ma non bisogna confondere i *diritti* che risultano dalla legittimità con la *prova*, che la legge ammette per stabilire la qualità di figlio legittimo. È sufficiente che il figlio sia legittimo perchè succeda? No, egli deve dimostrare che era già concepito quando la successione si è aperta. Tutto sta a vedere in qual modo potrà darsi una tal prova. Quando la prova verte sulla legittimità, la legge permette al figlio d'invocare le presunzioni che essa ha create. Ma quando il figlio si presenta ad una successione, non si tratta più della sua legittimità: egli è legittimo, e come tale riconosciuto; deve dimostrare che al momento dell'apertura della successione era già concepito: ora, egli può essere, senza alcun contesto, legittimo, e tuttavia essere stato concepito posteriormente a tal'epoca. In questo caso, le due questioni sono assolutamente distinte, e noi dimostreremo fra poco che esse lo sono sempre secondo il rigore del diritto. Resta la difficoltà della prova. In materia di legittimità, l'istante del concepimento si dimostra con presunzioni; può forse ammettersi un tal mezzo, quando si tratta di provare che il fanciullo era concepito all'apertura della successione? Vi è il medesimo motivo di decidere, dice la giurisprudenza. Supponiamo che vi sia completa analogia. Ciò non basterebbe punto per estendere le presunzioni legali, perchè non sono mai capaci d'interpretazione estensiva. Ma è forse vero, d'altronde, che vi sia analogia?

Senza dubbio la prova diretta del concepimento è impossibile, si tratti d'eredità o di legittimità. Ma v'è una differenza capitale, ed è che la legittimità concerne l'ordine pubblico: importa alla società che i figli siano legittimi o reputati tali. L'apertura della successione, al contrario, pone di fronte soltanto interessi pecuniari: v'è un erede capace di succedere il quale vuole allontanare dalla successione un parente che si sostiene non abbia avuto esistenza al momento dell'aperta successione. La società è forse interessata a stabilire finzioni per assicurare gli incerti diritti del figlio che si pretende già concepito all'epoca dell'apertura della successione, contro il successibile, il cui diritto è certo? Secondo il rigore dei principii, la soluzione è assai semplice: il diritto certo deve prevalere sull'incerto. Questa massima ha pure un fondamento razionale. Le presunzioni che s'invocano sono finzioni assai di spesso contrarie alla verità: è egli giusto che si devolva un'eredità ad un fanciullo perchè lo *si presume* concepito al momento dell'apertura, mentre, in realtà, non lo era? È egli giusto che si spogli l'erede il cui diritto è certo a vantaggio del fanciullo il cui diritto è ben lungi dall'essere tale? Quando si tratta d'interessi pecuniari, tanto la giustizia quanto il diritto stretto esigono che soccomba colui che non riesce a provare le sue pretese.

539. Non abbiamo alcuna speranza di veder accolta l'opinione rigorosa che sosteniamo. Vediamo dunque i diversi autori. Le esitanze e le inconseguenze di tutti costoro, dànno nuova forza alla nostra massima che si fonda sul rigore del diritto. I più fanno distinzione: ammettono le presunzioni quando la questione di legittimità è connessa a quella di successibilità, ma le rigettano quando la controversia sull'epoca del concepimento è indipendente da quella sulla legittimità. In quest'ultima ipotesi, sono d'accordo con noi contro la giurisprudenza (1).

Quali sono i casi in cui, secondo gli autori, le due questioni essendo connesse, debbono entrambe decidersi con le presunzioni legali che fissano l'epoca del concepimento? Il figlio nasce meno di trecento giorni dopo la morte del marito di sua madre; è abile a succedergli, poichè la legittimità di questo figlio non può essere contestata: lo si presume quindi concepito durante il matrimonio, perciò prima della morte del marito. Ora, nella specie, costui può succedere per ciò soltanto che è considerato legittimo; ed è considerato tale solo perchè la legge lo presume concepito durante il matrimonio. Se non lo si ammettesse a succedere si verrebbe a concludere che egli non era concepito alla morte di suo padre, il che escluderebbe in lui la qualità di legittimo, mentre tale lo dichiara la legge. È giuo-

(1) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 288, n. 418; MARCADÉ, t. III, p. 37 (art. 725, n. II); ZACHARIAE, edizione di MASSÉ e VERGÉ, t. II, p. 240, nota 2. DEMOLOMBE, t. V, p. 103, n. 100.

coforza quindi di riconoscergli la capacità di succedere. Noi sosteniamo invece, che anche in questo caso, che è, fra tutti, il più favorevole al figlio, le due questioni sono distinte. Il figlio che nasce 299 giorni dopo la morte del marito di sua madre è legittimo: quando egli si presenta alla successione del defunto, i parenti che vogliono escluderlo non contestano la sua legittimità, ma si limitano a sostenere che questo fanciullo non era concepito al momento dell'aperta successione, e che pertanto non è capace di ereditare. Potrà forse rispondere il fanciullo: la legge mi reputa concepito durante il matrimonio, dunque prima della morte di mio padre? Gli si osserverà giustamente: questa presunzione stabilisce la vostra legittimità, noi non lo contestiamo, ma non prova già, in modo indiscutibile, l'epoca del vostro concepimento, poichè la legge non stabilisce questa presunzione assoluta, e quella che essa ammette, voi non potete estenderla. Il fanciullo griderà all'assurdo: si potrà forse presumermi concepito in riguardo alla legittimità, e non riconoscermi più tale agli effetti della successione a colui del quale sono figlio legittimo? Nel fatto, senza dubbio, vi sarà una deplorevole contraddizione, ed ecco perchè noi vorremmo che la legge risolvesse la questione in favore del figlio. Ma il codice civile l'ha forse decisa così? No. Esso ha creato una finzione nell'interesse della legittimità. Nella specie, sono in contesto soltanto diritti patrimoniali; una prova così incerta come una presunzione ha ben potuto essere ammessa per favorire la legittimità, ma da ciò non segue, legalmente parlando, che si debba ammetterla pure per decidere un conflitto pecuniario.

Le presunzioni legali vengono ancora applicate quando il fanciullo, nato meno di 300 giorni dopo la morte del marito di sua madre, si presenta alla successione di un collaterale morto posteriormente. Si conviene tuttavia che, in questo caso, si tratta di una pura questione successoria. I collaterali non contestano la legittimità del figlio; costui, lo si suppone, presunto figlio legittimo, ha conseguito come tale l'eredità di suo padre; quando è in conflitto con collaterali, si tratta unicamente di sapere, se, nato 299 giorni dopo l'apertura della successione, era concepito a quest'epoca; perchè dunque gli autori decidono che il figlio possa invocare le presunzioni? Risponde l'uno: perchè sarebbe assurdo che il figlio, dopo essere stato ammesso alla successione di suo padre, giacchè lo si presume concepito alla sua morte, fosse escluso da una successione collaterale, come non concepito in questo momento. Un altro dice che, escludendo il figlio, si disonorerebbe la madre (1). Queste sono certamente ragioni eccellenti per indurre il legislatore a generalizzare le presunzioni relative al concepimento, ma non val-

(1) MOURLON, secondo l'insegnamento di VALETTE (t. II, p. 20).

gono affatto ad autorizzare l'interprete ad estendere presunzioni speciali. Anche dal punto di vista legislativo, vi sarebbero molte cose a dire. Quando il figlio nasce quasi dieci mesi dopo la morte del marito di sua madre, esso è pressochè sempre concepito dopo lo scioglimento del matrimonio: è un figlio naturale che la legge presume legittimo per viste d'interesse sociale. Ma la presunzione deve spingersi sino a spogliare gli eredi d'un diritto successorio per accordarlo a costui? Il legislatore può certamente farlo; non già l'interprete.

540. Quando la questione di successibilità è indipendente da quella di legittimità, il figlio non può, giusta la comune opinione degli scrittori, invocare le presunzioni legali. Il figlio nasce nel corso di un matrimonio senza che esista alcuna causa di disconoscimento. La sua legittimità è dunque certa ed incontestata. Si tratta di sapere se possa raccogliere una eredità devoluta sei o dieci mesi prima della sua nascita. Egli non può giovarsi delle presunzioni, poichè non è in causa la sua legittimità nè è compromesso l'onore di sua madre. É a vedersi in qual modo il figlio potrà provare in quale istante sia avvenuto il suo concepimento. Rispondiamo che la prova si darà secondo il diritto comune, poichè il codice non vi deroga affatto. Questa prova potrà essere difficilissima se il figlio pretende che il parto sia stato prematuro o tardivo; ma la decisione sarà assai semplice se egli non riuscirà a dimostrare il suo asserto: se non proverà di essere già concepito al momento dell'aperta successione, non potrà aspirare all'eredità.

Questa conclusione che sembra troppo severa, quantunque in sostanza sia giusta, ha indotto la maggior parte degli autori ad immaginare nuove presunzioni. Marcadé dopo aver stabilito con grande energia il principio restrittivo che regola le presunzioni, finisce per crearne a sua posta; egli ammette il minimo di 180 giorni per le gravidanze più brevi ed il massimo di 300 giorni per le più lunghe, e ne deduce talune presunzioni che crediamo inutile ripetere (1). Se ne facciamo menzione, gli è solo per constatare le inconseguenze degli autori, inconseguenze inevitabili per chi si allontana dal rigore dei principii.

Un giureconsulto molto superiore a Marcadé s'abbatte nel medesimo scoglio. Nessun dubbio, dice Demante, che per determinare, se non sicuramente, almeno per via d'approssimazione, l'epoca del concepimento, si debba trarre argomento dalle presunzioni stabilite a quest'effetto nel titolo della *Paternità*. Ma è altresì *evidente* che esse non potrebbero aver qui indistintamente ed in tutti i casi forza di presunzioni legali. Ecco aperto il campo all'arbitrio: l'interprete deciderà quando le

(1) MARCADÉ, t. III, p. 41, art. 725, n. V.

presunzioni avranno forza di legge, e quando invece verranno solo in aiuto del giudice per determinare l'epoca del concepimento (1). Come mai un ingegno così sagace ha potuto ammettere presunzioni che sono nel tempo stesso legali e non? Da ultimo, Demolombe ha elevato a sistema questo arbitrio (2); a nostro parere, per volerlo ridurre a norme determinate, gli ha dato il colpo di grazia. La presunzioni degli articoli 312 e 315, egli dice, non avranno, in materia di successione, la forza di una prova irrefragabile; ma il figlio potrà invocarle, salvo alla parte avversa di dimostrare, dal suo canto, il contrario. Ciò equivale ad immaginare un nuovo genere di presunzioni, delle quasi-presunzioni. Con quale diritto? Si risponde che è assolutamente *necessario* di far ricorso ad una presunzione. Vi saranno dunque presunzioni a titolo di *necessità*. Perciò il giudice potrà immaginarne ogni qualvolta lo reputerà necessario. Egli stabilirà se sia mestieri di ricorrere a presunzioni, ed egli stesso le fabbricherà. Su che è basata questa strana dottrina? Ecco la prima ragione che Demolombe allega e che noi offriamo come esempio: dal momento, egli dice, che la legge ha ammessa tale presunzione in materia di filiazione, essa evidentemente nulla ha di contrario all'ordine della natura; è possibile, quindi, che il figlio che l'invoca sia stato concepito all'istante dell'aperta successione. Ecco dunque il curioso ragionamento: la tal cosa è possibile, dunque è! Si vegga a che può giungere l'interprete quando si erige a legislatore!

N. 2. — Dei nati morti.

541. « I nati morti, dice Domat, non possono succedere sebbene fossero viventi nel seno della loro madre; poichè può dirsi che essi non furono mai al mondo e quindi non poterono acquistarvi alcun diritto » (3). Il codice non parla dei nati morti ma li dichiara implicitamente incapaci, stabilendo il principio che, per succedere, bisogna necessariamente esistere al momento dell'apertura della successione; ora, i figli nati morti non sono stati mai, legalmente parlando, nel numero dei viventi, poichè non hanno mai veduta la luce. È questa la decisione delle leggi romane, ed è quella pure del buon senso (4). Si potrebbe dire che costoro hanno avuto esistenza, poichè hanno vissuto nel seno della loro madre; ora il figlio concepito si reputa nato, dunque si dirà, ha potuto succedere. Si risponde e la risposta è perentoria, che il figlio concepito si reputa nato soltanto per

(1) DEMANTE, *Cours analytique*, t. III, p. 31, nn. 32 e 32 *bis* I.
(2) DEMOLOMBE, t. XIII, p. 265 e seg., n. 185.
(3) DOMAT, *Lois civiles*, part. II, lib. I, tit. 1, sez. II, n. 4, p. 336.
(4) TOULLIER, II, 2, p. 57, n. 93. DURANTON, t. VI, p. 94, n. 74.

finzione di legge (n. 536), ma perchè questa finzione possa essere invocata, occorre, a termini dell'art. 725, n. 2, che il figlio *nasca vitale*. Ora il bambino che muore nascendo non nasce punto, e quindi la condizione sotto la quale la legge lo dichiara abile a succedere non è adempiuta; esso è collocato fra gli incapaci. Ciò ha pure un fondamento razionale: i beni non sono necessari ed utili che ai viventi; ora il nato morto non vive, non è una persona e non lo è stato giammai, nè può quindi conseguire i beni destinati alle persone.

542. Questo principio vale a risolvere una questione che si è presentata innanzi alla Corte di Cologne. Un figlio è scoperto nel seno della madre dopo la morte di costei. I testimoni dichiarano che lo si è battezzato: se ne concluderà che sia nato vivo e per conseguenza abile a succedere? Fu giudicato che questo fanciullo, morto prima d'essere stato separato dal corpo della madre, nòn era realmente nato, poichè era morto nascendo. Poco importa che egli abbia vissuto nel seno della madre, poichè non essendo stato staccato vivente da lei, non ebbe vita propria e indipendente. Egli è dunque nato morto, e come tale incapace di succedere (1).

Reputiamo che la Corte di Cologne abbia rettamente deciso. Si potrebbe opporre un passo di Domat. « Occorre egli scrive, mettere nel numero dei figli capaci di succedere colui che si trae dal ventre della madre dopo la morte di questa, ancorchè non abbia vissuto che pochi momenti. Si può anche dire che egli è succeduto alla madre prima della sua nascita ». Ma Domat suppone che il figlio abbia vissuto dopo essere stato tratto dal ventre della madre: in tal caso non può ritenersi certo che esso sia nato morto, e perciò avrà diritto a succedere come concepito al momento della morte della madre; in questo senso Domat ha ragione di decidere che il figlio è succeduto a costei prima della sua nascita (2). Poco importa che sia morto appena nato: basta un istaute di vita perchè la successione si operi.

543. Si vede come pochissimi momenti di vita possano mutare la trasmissione di una eredità. Se il figlio ha vissuto, ha ereditato, e, dove in seguito venga morire, i beni da lui conseguiti si trasmettono ai suoi eredi, a suo padre, a sua madre. Importa dunque moltissimo di conoscere se realmente abbia vissuto. A chi incombe l'onere di questa prova? e come la si darà? La prima questione si risolve alla stregua del diritto comune, poichè il codice non vi deroga. Nella specie decisa dalla Corte di Cologne, se il figlio fosse sopravvissuto a sua madre, le sarebbe succeduto, ed avrebbe poscia trasmessa quest'ere-

(1) Cologne, 14 marzo 1853 (DALLOZ, 1855, 2, 338).
(2) DOMAT, *Lois civiles*, parte II, lib. I, t. I, sez. II, n. 6, p. 338.

dità a suo padre. Se costui la reclama dovrà dimostrare che il figlio ha conseguita l'eredità della madre, essendo questo il fondamento della sua domanda. Si pretende che siccome la capacità costituisce la regola e l'incapacità l'eccezione, la vita deve sempre presumersi; donde si conchiude che la prova incombe a coloro i quali sostengono che il figlio è nato morto. Ma il ragionamento è inesatto. Invero chi reclama una successione, come a lui trasmessa da un fanciullo di cui è erede, deve provare che il fanciullo ha conseguita questa eredità. Ora, perchè il figlio possa essere succeduto, occorre che abbia vissuto; dunque l'attore deve provare la vita del fanciullo. Invano si direbbe che la vita si presume. Tal presunzione è sconosciuta alla legge e deve per conseguenza essere respinta, poichè non v'ha presunzione senza un'espressa disposizione del legislatore. Appena può dirsi che vi sia una probabilità di fatto, poichè si tratta d'un fanciullo morto pochi istanti dopo il parto: non è forse probabile che sia morto nascendo? In ogni caso una probabilità non è una presunzione. Si resta dunque sotto l'impero del diritto comune (1).

544. Come si darà la prova che il fanciullo abbia esistito? Di regola si dice, essa risulterà dall'atto di nascita (2). Infatti il fanciullo deve essere presentato all'ufficiale dello stato civile (art. 55); se egli fa menzione di questa presentazione nell'atto di nascita che stende, vi sarà una prova autentica della vita. Ma raramente potrà invocarsi l'atto di nascita, perchè quando insorge una controversia sulla vita del fanciullo, è ben evidente che questo non è stato presentato all'ufficiale dello stato civile, perchè morto pochi momenti dopo la sua nascita.

Se il fanciullo è presentato già defunto all'ufficiale dello stato civile si applica il decreto del 3 luglio 1806, a termini del quale l'ufficiale pubblico si limita a stendere processo verbale di questa presentazione. La questione di conoscere se il fanciullo ha vissuto rimane impregiudicata in questo caso, ancorchè il dichiarante abbia affermato che il medesimo è nato vivo. Tale dichiarazione, non fa alcuna fede, e non può neppure essere accolta (3). La prova della vita si darà dunque secondo il diritto comune, anzitutto colla testimonianza di persone dell'arte, ed in loro difetto, colla dichiarazione di quelli che hanno assistito al parto: prova assai incerta, ma che il giudice potrà apprezzare a norma delle circostanze (4).

---

(1) Demolombe, t. XIII, p. 267, n. 186. In senso contrario, Massé e Vergé su Zachariae, t. II, p. 241, nota 3.

(2) Demolombe, t. XIII, p. 268. n. 186. Dalloz, alla parola *Succession*, n. 91.

(3) Angers, 25 maggio 1822 (Dalloz, alla parola *Acte de l'état civil*, n. 410).

(4) Toullier, II, 2, p. 58, n. 96. Limoges, 11 gennaio 1813 (Dalloz, alla parola *Succession*, n. 97, 3.°).

N. 3. — Dell'infante non vitale.

545. L'art. 525 stabilisce che il fanciullo il quale non sia nato vitale è incapace di succedere; e la legge ne dice la ragione cioè che, per succedere, bisogna esistere al momento in cui si s'apre la successione. Perciò il figlio non vitale è considerato dalla legge come se non avesse avuto mai esistenza. É questa una teoria generale del codice: l'art. 314 decide che il figlio nato nel 180.° giorno del matrimonio non potrà essere disconosciuto dal marito, se non è dichiarato vitale, poichè in tal caso non può considerarsi come una persona. Che s'intende per vitale? E perchè la vitalità è una condizione per l'esercizio di ogni diritto?

Siffatte questioni non sono scevre da difficoltà. Il testo della legge non definisce la vitalità, ed i lavori preparatorii non ci illuminano troppo al proposito. Si legge nella relazione di Chabot: « Quando il fanciullo non è nato vitale si reputa non abbia mai vissuto, almeno agli effetti della successibilità: in questo caso, è perfettamente uguale che l'infante sia nato morto o che *nasca per morire* ». Non vitale sarebbe adunque colui che nasce per morire. Ma in quali ipotesi questa circostanza si verifica? Chabot scrive che secondo le leggi romane occorre che l'infante abbia raggiunto quel termine prima del quale non vi è possibilità di vita. Ciò non risponde alla nostra questione: quale è questo termine? Chabot spiega perchè il codice non fissi regole circa l'epoca della vitalità; esso non potrebbe fornirne di abbastanza sicure e precise, perchè i segreti della natura sono impenetrabili. Il legislatore ha preferito abbandonare le difficoltà che possono insorgere in questa materia al criterio dei tribunali, i quali decideranno secondo i fatti e le circostanze particolari (1).

Sino a qui non sappiamo ancora che cosa sia un infante non vitale. Nè più precise sono le massime affermate dagli scrittori. Secondo Duranton, la vitalità è l'attitudine a vivere: il fanciullo, egli dice, è vitale quando riunisce in sè le condizioni necessarie alla vita; non lo è, quando ad un esame si può scorgere che la sua conformazione è tale da non essere egli nato per vivere ma per morire ben tosto (2). La spiegazione è molto vaga. Un bambino nasce vivo, ma muore pochi istanti dopo la nascita; è capace di succedere? Sì se è vitale; no, se non lo è. La vitalità è dunque altra cosa della vita. Ma quali sono i caratteri che dimostrano la vitalità? Nel silenzio del codice il giudice deve decidere secondo i fatti e le circostanze; ciò è

(1) Chabot, Relazione, n. 14 (Locré, t. V, p. 108).
(2) Duranton, t. VI, p. 95, n. 75.

fuori di dubbio, ma gli occorrono pure delle regole, e noi le cerchiamo invano. Demolombe sviluppa la definizione di Duranton, e sviluppandola, ne mostra tutte le incertezze. « La vitalità, egli dice, è l'attitudine a vivere pel corso di una vita di media durata: si deve dunque considerare come non vitale il fanciullo che nasce *in qualche modo*, per morire *quasi immediatamente*, poichè la natura gli ha ricusato le condizioni necessarie alla esistenza » (1). Gli *in qualche modo* ed i *quasi* non saranno di grande aiuto al giudice. Quando il fanciullo nasce vivo e muore quasi subito, ciò proverà forse che non sia nato vitale? Secondo la teorica del codice, no certamente, perchè esso distingue tra vita e vitalità. La difficoltà sussiste dunque ancora. Ecco due fanciulli che muoiono entrambi pochi momenti dopo la nascita: l'uno succederà perchè è vitale, l'altro non succederà perchè non lo è. Come si riconoscerà se l'infante sia vitale o no? Non si può dare alla questione che una sola risposta: decideranno le persone dell'arte. E se non ve ne sono?

546. Non insistiamo più a lungo su ciò, perchè, a nostro avviso, la teoria del codice è falsa. Tale è pure l'opinione di Domat e di Savigny. Nell'antico diritto, si ammetteva che i fanciulli nati a termine erano capaci di succedere, quantunque incapaci di vivere, sia perchè avessero spenta la vita nel travaglio del parto, sia perchè ogni possibilità di esistenza fosse loro tolta da infermità o da gravi difetti di conformazione: essi succedevano tuttavia purchè fossero nati viventi. Domat sostiene che lo stesso dovrebbe accadere degli infanti che non nascono a termine, perchè il motivo di decidere è il medesimo; e la cosa è di tutta evidenza (2). Si opponevano le leggi romane le quali sembrano esigere la vitalità come condizione distinta dalla vita. Noi non seguiremo Domat nella discussione di questi testi; ci basta dire che Savigny gli ha dato ragione (3). Il diritto romano non pretende che una condizione, la vita; ove vi è vita, vi è un essere umano, dunque una persona, dunque capacità giuridica. Esigere più che la vita è assai arbitrario perchè conduce a riconoscere all'uno il diritto di succedere per negarlo all'altro, senza che vi sia un segno certo di differenza. Entrambi nascono per morire; nessuno dei due ha bisogno dei beni della vita. Si dovrebbe dunque dichiararli entrambi incapaci. Ciò sarebbe ingiusto dal punto di vista del diritto, e nel fatto l'iniquità è ancor maggiore. Come dice Domat, non è in giuoco l'interesse degli infanti: questi non nascono che per morire. Ma essi hanno un padre, una madre: l'equità non esige

(1) Demolombe, t. XIII, p. 250, n. 180.
(2) Domat, *Lois civiles*, II, parte, lib. I, t. I, sez. II, p. 337 e seg.
(3) Savigny, *System des römischen Rechts*, t. II, p. 355 e seg. (Anno III). Nel medesimo senso Vangerow, *Leitfaden für Pandektenvorlesungen*, t. I, p. 55, nota.

forse che i genitori succedano a preferenza di eredi più lontani? Domat insiste su questa considerazione d'equità, ed infatti essa è decisiva. Il codice ha dunque innovato in questa materia; esso si è allontanato dalla dottrina di Domat, sua guida abituale, senza che se ne conoscano i motivi.

547. Chi dovrà dimostrare la non vitalità? Salvo il dissenso di Duranton e di Malpel, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che la vitalità si presume, mentre invece, giusta la generale opinione, non si presume la vita. A noi sembra che vi sia in ciò errore ed inconseguenza nel tempo istesso. L'inconseguenza è evidente. Perchè chi reclama una eredità, in nome del fanciullo, deve provare che questi ha vissuto? Perchè è a questa condizione soltanto che l'infante ha potuto succedere. Ora, perchè consegua l'eredità non basta che il fanciullo nasca vivo, ma occorre pure che nasca vitale. Questa duplice condizione è richiesta da una stessa norma di legge: l'art. 725 dichiara incapace di succedere « il bambino che non è *nato vitale* ». Il testo pone la vitalità nel grado istesso della vita; esso non distingue, nè era possibile di farlo. Senza dubbio la vita e la vitalità sono la regola, ma non è questa una ragione per presumerle, allorchè il fanciullo muore dopo il parto: la probabilità, in questo caso, sta contro la vita e contro la vitalità. Perchè dunque il legislatore presumerebbe la vitalità mentre non presume la vita? A dire il vero, non presume nè l'una nè l'altra. Dovremo ancora ripetere che non vi può essere presunzione se la legge non la crea? Il silenzio del codice basta per escludere le presunzioni immaginate dagli autori. Si obbietta che la non vitalità è un'eccezione, e che la vitalità è la regola; ed in termini più generali, che l'incapacità di succedere è un'eccezione e la capacità la regola. Ora, si dice, chi invoca la regola nulla deve provare; tale prova incombe a colui che allega l'incapacità. Rispondiamo con l'articolo 1315 che spetta all'attore dimostrare il fondamento della sua domanda: quale è questo nella specie? La capacità del figlio. Ed in che consiste questa capacità? Nell'essere egli vivente e vitale; dunque l'attore deve provare la vita e la vitalità (1).

548. La vitalità o la non vitalità come si proveranno? Siccome il codice serba il silenzio su questo punto, si sarebbe dovuto concluderne, ci sembra, che esso se ne rimetta interamente al diritto comune. Questo è quanto, del resto, dice il relatore del Tribunato nel passo citato testè (numero 545). Ma il parere degli autori è diverso. I più fanno ricorso alle pre-

(1) DURANTON, t. VI, p. 100, n. 78. MAPEL, p. 66, n. 25. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XIII, p. 269, e 187 e gli autori che cita. Sentenza di Bordeaux, 8 febbraio 1830, e Limoges, 12 gennaio 1813 (DALLOZ, alla parola *Succession*, n. 97, 2.° e 3.°).

sunzioni che il codice stabilisce in materia di filiazione. Simile opinione ha qualche fondamento nella tradizione, ma in questa materia la tradizione, in luogo d'illuminare, svia. Così Bourjon stabilisce come principio che il fanciullo nato prima del settimo mese di gravidanza non si reputa vitale; donde conchiude che costui non può conseguire nè trasmettere ad altri alcuna eredità: « Egli non fu mai la vera speranza di un uomo, poichè, secondo la sua natura, questa speranza non poteva mai tradursi in realtà (1) ». Secondo il codice ancora, il fanciullo che nasce al 180.° giorno del matrimonio si presume illegittimo; il che ha fatto dire a Toullier ed agli autori che gli vennero dietro, che la legge considera come vitale il figlio che nasce al 180.° giorno del suo concepimento, ma non gli riconosce più il carattere di vitalità, dove nasca prima di questo termine. Si potrebbe dire, è vero, che questo fanciullo fu concepito prima del matrimonio e che per conseguenza non è legittimo; ma l'onore della madre, scrive Toullier, e la morale pubblica richiedono che lo si dichiari piuttosto non vitale che illegittimo (2).

Ci sembra che con ciò si confondano due ordini d'idee affatto distinti, la legittimità e la vitalità. Perchè il figlio sia legittimo bisogna che sia stato concepito durante il matrimonio; ma se anche vi fosse dubbio sopra di ciò, non ne risulterebbe che questo figlio è vitale. L'infante che nasce dieci mesi dopo la celebrazione del matrimonio è certamente concepito durante il matrimonio e tuttavia può non essere vitale. Del pari il bambino potrà avere in sè tutti gli elementi della vitalità, se anche nasca meno di 180 giorni dopo il matrimonio dei suoi genitori. Reputarlo non vitale per salvare l'onore della madre, è stabilire una presunzione sconosciuta alla legge. V'ha di più: si comprende benissimo che la legge crei delle presunzioni per determinare l'epoca del concepimento del fanciullo e per conseguenza la sua legittimità; ma non si potrebbe concepire che la vitalità si stabilisca per via di presunzione. Infatti, la vitalità non dipende esclusivamente dalla durata della gravidanza, ma dalla conformazione del fanciullo. Talvolta, è vero, la non vitalità sarà conseguenza della nascita prematura dell'infante, e questa, alla sua volta, potrà avere per conseguenza la sua illegittimità. Una simile relazione, affatto accidentale, tra la legittimità e la vitalità ha indotto in errore gli antichi autori; e la confusione si è perpetuata sin sotto l'impero del codice civile. I principii non lasciano alcun dubbio (3); non vi è diffi-

---

(1) Bourjon, *Le droit commun de la France*, t. XVII, I parte, cap. III, sez. I, n. 7 e 9 (t. I, p. 687).

(2) Toullier, II, 2, p. 59 e seg., nn. 97 e 98. Chabot, t. I, p. 48 (art. 715, n. 11; Confronta Merlin, *Répertoire*, alla parola *Vie*, e *Questions de droit*, alla parola *Vie*, § I.

(3) Vedi la dissertazione precitata di Savigny, sulla vitalità. Confronta Vazeille, t. I, p. 16 (art. 725, n. 4-6); Demolombe, t. XIII, p. 270, n. 187.

coltà che in quanto concerne la prova: ma non ripeteremo più che questa difficoltà non autorizza l'interprete a creare a suo arbitrio delle presunzioni.

Si potrebbe dire che gli autori del codice Napoleone, consacrando la teoria della vitalità, hanno riprodotto l'errore degli antichi interpreti, e per conseguenza la confusione della vitalità e della legittimità. Ciò è vero, ma non prova affatto che si debbano applicare alla vitalità le presunzioni che la legge stabilisce relativamente alla legittimità. La questione della vitalità ha dato luogo a discussioni abbastanza lunghe in seno al Consiglio di Stato, in occasione dell'art. 314. Noi le riassumeremo; vi si vede ad ogni passo la confusione da noi deplorata fra la vitalità e la legittimità; ma ne risulta altresì in modo chiaro che il legislatore non volle risolvere la questione relativa alla vitalità per mezzo di presunzioni. Il primo console, che amava le idee chiare e precise, domandò che si definisse che cosa dovesse intendersi colla parola *vitale*, ed a quali segni la vitalità si riconoscesse. Bérenger rispose che un fanciullo non vitale era un aborto, e non un fanciullo. Ciò equivaleva a limitare la non vitalità alla nascita prima del termine, come avveniva nell'antico diritto; ma il fanciullo può essere non vitale sebbene nato perfettamente a termine. Tronchet dice che, secondo lo spirito del progetto, l'infante nato a termine dovesse considerarsi come vitale. Definite allora, riprese il primo console, che intendiate per un fanciullo nato a termine. Tronchet replicò, rimanendo nell'ordine di idee dell'antico diritto, che un fanciullo non è vitale a sette mesi. La questione cambiò aspetto per una proposta di Bouley. A suo dire, l'infante è vitale, quando ha vissuto un tempo sufficiente perchè si possa stabilire con sicurezza essere egli destinato a vivere. Di conformità, propose che si dichiarasse potersi disconoscere il fanciullo nato nel 180.° giorno del matrimonio, e che viva per dieci giorni soltanto. Il primo console approvò questa redazione, perchè stabiliva una regola fissa. Si ritornò ancora sul termine di dieci giorni che volevasi ridurre ad un solo, ma fu conservato il termine di giorni dieci (1). Il Tribunato domandò la soppressione di ogni termine, come troppo pericoloso; infatti la madre, per salvarsi dal disonore, aveva interesse alla morte del figlio. Fu quindi tolto ogni termine (2). Che ne risulta? Che la vitalità si prova non per via di presunzioni, ma colla testimonianza dei medici, e, in loro mancanza, con quella delle persone che hanno assistito al parto o che hanno veduto

---

(1) Seduta del 14 brumaio anno X, nn. 9, 10, 11 e 14 e del 29 fruttidoro anno X, n. 5 (LOCRÉ, t. III, p. 23 e 74).

(2) Osservazioni del Tribunato, n. 6 (LOCRÉ, t. III, p. 77). Discorsi di DUVERGIER, n. 16 (LOCRÉ, t. III, p. 128).

il fanciullo. È quanto dice Bigot-Préameneu, l'oratore del governo (1).

§ II. — *Degli stranieri.*

N. 1. — L'antico diritto e la nuova legislazione.

549. Nell'antico diritto, gli stranieri erano colpiti da duplice incapacità. Si partiva dal principio che per trasmettere e conseguire un'eredità, bisognava godere dello stato civile e dei diritti di cittadino. Gli stranieri, dice Pothier, non avendo il diritto di cittadinanza, non possono trasmettere il proprio patrimonio per successione; i loro beni si devolvono al re in forza di un diritto che si dice d'albinaggio. Pel medesimo motivo, gli stranieri non erano capaci di conseguire un'eredità (2). Domat approva questa incapacità: essa è fondata, egli dice, non solamente sul diritto romano, ma sull'ordine naturale che distingue la società degli uomini in diversi Stati, Regni o Repubbliche. Poichè è una conseguenza naturale di questa distinzione che ciascuna nazione regoli con le sue proprie leggi tutto quanto, sia nelle successioni che nel commercio dei beni, può essere fatto dipendere da leggi arbitrarie. Gli stranieri non succedono ad alcuno, nè alcuno ad essi: e sono pure esclusi da tutte le cariche pubbliche (3). Domat confonde l'ordine civile coll'ordine politico: la divisione dell'umanità in nazioni ha un'influenza necessaria sui diritti politici, ma non ne ha alcuna sui diritti privati. Gli è quanto noi abbiamo dimostrato trattando del godimento dei diritti civili (4).

550. I giureconsulti sono dominati dalla tradizione; è una qualità che facilmente degenera in difetto. Fortunatamente di tratto in tratto sorgono ingegni potenti che scuotono il giogo del passato. Montesquieu non era di umore rivoluzionario, ma ciò non gli impedì di condannare il diritto d'albinaggio come un diritto irrazionale. Ispirata da lui, l'Assemblea costituente abolì il diritto d'albinaggio come contrario alla fratellanza che forma una sola famiglia di tutti i popoli. La legge del 6 agosto 1790 prescrive: « Il diritto d'albinaggio e quello di detrazione sono aboliti per sempre ». Questa legge non concerneva che il diritto d'albinaggio propriamente detto, l'incapacità di trasmettere i beni colla successione. Con un decreto posteriore del 28 aprile 1791, gli stranieri furono riconosciuti capaci di

---

(1) Bigot-Préameneu, Esposizione dei motivi del titolo della *Paternità*, n. 11 (Locré, t. III, p. 87).
(2) Pothier, *Coutume d'Orleans*, Introduzione al titolo delle *Successioni*, n. 3 10; *Traité des successions*, cap. I, sez. I, § I.
(3) Domat, *Des lois civiles*, II parte, t. I, Prefazione, n. 13, p. 330.
(4) Vedi il t. I dei miei *Principii*, n. 442 e seg.

conseguire in Francia le successioni dei loro parenti, anche francesi. L'Assemblea sperava che gli altri popoli avrebbero seguìto l'esempio offerto loro dalla Francia: ma s'ingannava. Ne risultò che, mentre i francesi non erano ammessi a succedere all'estero, gli stranieri lo erano in Francia. Ciò parve ingiusto al governo consolare. Il codice civile non ristabilisce il diritto d'albinaggio, come gliene fu mosso rimprovero, poichè esso non dichiara gli stranieri incapaci di trasmettere i loro beni per eredità (1); ma siccome non permette loro di succedere, e siccome gli stranieri, di regola, non hanno altri eredi fuorchè stranieri, ne risultava che di fatto lo Stato conseguiva l'eredità di costoro, per diritto di abbandono. Il sistema del codice è quello della reciprocità: gli stranieri succedono in Francia quando lo stesso diritto è accordato ai francesi all'estero (articoli 726 e 11). Era necessaria anzitutto una reciprocità da nazione a nazione stabilita con trattati (2). Occorreva inoltre una reciprocanza da individuo a individuo; val dire che lo straniero non fosse ammesso a conseguire una successione in Francia se non nel caso in cui il francese secondo le leggi dello Stato cui questo straniero apparteneva, fosse ammesso ad una successione del *medesimo ordine;* e che lo straniero non potesse avere, in una successione aperta in Francia, e relativamente alla *quantità* ed alla *specie* dei beni, che i medesimi diritti che si accordavano al francese dalla nazione di questo straniero. È in questo senso che la dottrina e la giurisprudenza interpretano l'articolo 726 (3).

551. In Francia, l'incapacità a succedere di cui il codice Napoleone colpiva lo straniero fu abolita dalla legge del 14 luglio 1818, che prescrive al suo articolo 1.°: « Gli articoli 726 e 912 del codice civile sono abrogati: per conseguenza gli stranieri avranno diritto di succedere, di disporre e di ricevere nello stesso modo che i francesi ». È il sistema dell'Assemblea costituente. Sembra assai strano, a primo aspetto, che la restaurazione sia ritornata ad un principio proclamato dalla rivoluzione dell'89. Il governo ebbe cura di dichiarare che esso proponeva l'abrogazione del sistema della incapacità, non per motivi di generosità, ma per calcolo. « È dimostrato, dice il Guardasigilli, che nessun profitto ne deriva dall'esclusione degli stranieri dal diritto di succedere e di disporre. I beni vacanti in forza di questa incapacità offrono un risultato così modesto che non può esser preso in alcuna considerazione. Lo straniero non si avventura ad acquistare beni di cui non potrebbe di-

(1) Demante, t. III, p. 34, n. 33 *bis* I. Duvergier su Toullier, t. II, 2, p. 64, nota.

(2) Chabot, t. I, p. 56, art. 726, n. 2. La giurisprudenza è conforme (Dalloz, alla parola *Succession,* n. 110).

(3) Chabot, t. I, p. 60 e seg. Vedi la giurisprudenza in Dalloz, n. 111.

sporre alla sua morte e che i suoi parenti non conseguirebbero. Se si toglie di mezzo un tale ostacolo egli acquisterà certamente, ed i suoi acquisti, i capitali che impiegherà a tale scopo, aumentando la massa ed il valore dei nostri beni, ci saranno mille volte più vantaggiosi che i vani profitti della giacenza ed il principio sterile e nocivo, in questo caso, della reciprocità ». Si ha torto di ripudiare i sentimenti generosi che animavano l'Assemblea costituente: erano quelli della fratellanza, e non è dessa un sentimento altrettanto cristiano quanto filosofico? Non è che l'Assemblea costituente ignorasse i principii d'economia politica che si invocarono nel 1819; Necker li aveva già posti in campo prima dell'89. Quando si discusse il progetto del codice civile, furono ripetuti a sazietà dai tribuni (1). Il governo persistè nel suo sistema della reciprocità. Questo principio è giusto, in generale, ma nella specie l'interesse, d'accordo con la giustizia, domandava che lo straniero fosse ammesso a succedere in Francia, ancorchè gli Stati stranieri, disconoscendo l'utile loro, e non tenendo alcun conto della fratellanza cristiana, si fossero ostinati a conservare l'incapacità che colpiva i Francesi.

552. Nel Belgio, una legge del 20 maggio 1837 derogò al principio della reciprocanza come lo aveva consacrato il codice civile. L'art. 11 richiedeva che la reciprocità fosse stabilita con trattati. Non si voleva che la Francia si trovasse vincolata da leggi straniere alle quali essa non aveva concorso; queste leggi d'altronde non offrivano alcuna garanzia ai Francesi, perchè potevano essere abrogate da un giorno all'altro, mentre i trattati assicuravano nel tempo istesso l'indipendenza della Francia ed i diritti de' Francesi. Ma questo sistema presentava uno svantaggio: un trattato suppone relazioni diplomatiche fra le parti contraenti; ora, può darsi che questi rapporti siano infranti o sospesi per causa di rivoluzioni o di guerre. È forse giusto che i diritti dei privati dipendano da avvenimenti politici? Il Belgio si trovò in questa condizione dopo la rivoluzione del 1830. Per rimediare a questo inconveniente la legge del 20 maggio 1839 dispose che la reciprocità poteva essere constatata da leggi o da consuetudini. Non venne dunque abolita che la reciprocanza diplomatica. Una legge del 27 aprile 1865 andò più oltre; essa consacrò il principio stabilito dall'Assemblea costituente, e riprodusse le disposizioni della legge francese del 1819. La legislazione del Belgio essendo, su questo punto, identica a quella della Francia, ne risulta che la giurisprudenza francese può essere invocata come interpretazione della legge belga.

553. Il principio fondamentale della nuova legislazione è questo che cioè essa assimila lo straniero al Belga. Ne risulta

(1) Vedi il t. I dei miei *Principii*, nn. 427 e 428.

che lo straniero succede nel Belgio di conformità al codice Napoleone e non secondo la legge del suo paese. L'art. 3 della legge del 1865 lo dice implicitamente: esso stabilisce che gli stranieri hanno il diritto di succedere *nel medesimo modo* che i Belgi, per conseguenza secondo le stesse regole e coll'applicazione della medesima legge. Poco importa che la legge belga sia favorevole o meno allo straniero. Egli succederà nel Belgio, se anche un tal diritto non gli spettasse nel suo paese; egli godrà adunque del beneficio dell'uguaglianza, ancorchè nella sua patria regnassero ancora la disparità di trattamento ed i privilegi. Al contrario, lo straniero non può invocare il privilegio o il diritto che gli accorda la legge del suo paese, quando il codice civile non riconosce questo diritto nè questo privilegio (1). Per applicazione di questo principio, fu giudicato che il padre straniero non può reclamare in Francia la totalità della successione, escludendo l'avo materno, sebbene, giusta la legge del suo paese, egli abbia diritto di escluderlo (2). Ciò ha pure un fondamento razionale. Le nuove leggi non mirano già a creare in favore dello straniero un diritto d'eredità eccezionale, che verrebbe a stabilire in Francia due specie di successione e due leggi diverse, una per gli indigeni, l'altra per gli stranieri; non vi è che una legge sola e questa è il codice Napoleone, che regola tutte le successioni le quali si aprono in Francia. Vedremo più innanzi se questo principio trova applicazione nel caso di successioni mobiliari, quando vi sia concorso di parenti stranieri e di parenti francesi.

N. 2. — Disposizione eccezionale della legge del 1865.

* **554.** L'art. 4, conforme all'art. 2 della legge francese, prescrive: « Nel caso di divisione d'una medesima eredità tra coeredi stranieri e belgi, costoro prelevano sui beni siti nel Belgio una porzione eguale al valore dei beni situati nel paese straniero, da cui fossero esclusi, a qualsivoglia titolo, in virtù delle leggi e consuetudini locali ». Se i beni dell'eredità cui son chiamati nel contempo stranieri e Belgi, sono tutti situati nel Belgio, si rimane nel diritto comune, come abbiamo supposto; l'eredità sarà divisa a norma del codice civile. Ma può darsi che i beni siano collocati, parte nel Belgio, parte all'estero, e che i Belgi siano esclusi in tutto od in parte da quelli situati in paese straniero. Se, in questo caso, si procedesse alla divisione secondo il diritto comune, che avverrebbe? Gli eredi stranieri dividerebbero coi belgi i beni siti nel Belgio, ed esclu-

(1) Demolombe, t. XIII, p. 280, n. 196.
(2) Sentenza di rigetto del 21 luglio 1851 (Dalloz, 1851, 1, 266).

derebbero i Belgi da quelli che si trovano all'estero. Donde una disparità di trattamento contraria alle nostre leggi; per ristabilire l'eguaglianza, la legge vuole che i parenti belgi prelevino sui beni situati nel Belgio un valore eguale a quello dei beni da cui la legge straniera li esclude. Si è detto che questa eccezione distrugge l'istesso principio della legge, poichè la legge, dopo aver posto le straniero nel grado medesimo del Belga, gli toglie in seguito una parte dei suoi diritti a favore del primo. L'osservazione non è esatta. La legge non ha voluto assicurare allo straniero tutti i diritti che gli sono accordati dalla legge del suo paese: essa lo ammette a succedere nel Belgio, ma secondo la legge belga. È giusto che sopra una successione aperta nel Belgio, gli indigeni abbiano tutti i diritti che il codice lor conferisce; il concorso di parenti stranieri non deve menomare questi diritti. S'insiste e si dice che il legislatore belga non può modificare la legge straniera in pregiudizio degli stranieri e nell'interesse dei Belgi. Il de Serre, che presentò la legge del 1819, ha già risposto a queste obbiezioni: « La legge straniera avrà tutto il suo effetto all'estero; ma non siamo tenuti ad osservarla presso di noi. A rigor di termini, noi potremmo escludere lo straniero dalle successioni che comprendano beni situati in Francia, perciò abbiamo senza dubbio il diritto di sottoporlo ad una condizione; non facciamo, in conclusione, che proteggere i nostri connazionali contro il rigore o l'ineguaglianza delle leggi straniere » (1).

I. — In quali casi si fa luogo al prelevamento

555. S'intende da sè che vi è luogo al prelevamento quando gli eredi belgi sono esclusi in causa della loro qualità di belgi. È egli lo stesso quando i belgi sono ammessi a succedere con gli stranieri, conformemente alla legge dell'altro Stato, ma questa stabilisce un principio d'ineguaglianza che si applica tanto agli indigeni quanto agli stranieri? Tale sarebbe un diritto di primogenitura, od una successione speciale per i beni nobili. Noi non esitiamo a decidere che si potrà, in questo caso, esercitare il diritto di prelevamento. Il testo è generale: quando l'esclusione sussiste, *a qualunque titolo* essa sia stabilita, i belgi possono invocare il beneficio dell'articolo 4. Nè differente è lo spirito della legge. L'articolo 4 è attinto dalla legge francese; presentandola, il ministro guardasigilli de Serre

(1) Relazione sulla legge belga del 1565, per Elias (*Documents parlementaires*, sessione del 1864 al 1865, p. 481).

ha preveduta la difficoltà che si verifica con certa frequenza. Dopo aver ricordato che nell'antico diritto le consuetudini variavano da una provincia e da una città all'altra, e che da ciò risultavano frequentemente ineguaglianze in pregiudizio dell'uno o dell'altro degli eredi, il ministro dice che non si era mai pensato di rimediare a questo inconveniente, perchè un Francese guadagnava ciò che l'altro perdeva, mentre non si poteva certo serbare la stessa indifferenza per ciò che riguardava i vantaggi di uno straniero sopra un Francese. Se vi è dunque una causa qualunque d'ineguaglianza a favore d'uno straniero, bisogna rimediarvi col mezzo d'un prelevamento (1). La giurisprudenza su questo punto è d'accordo con gli autori (2).

556. La legge del 1865 suppone che l'esclusione dell'erede belga abbia luogo *in virtù delle leggi e delle consuetudini locali,* vale a dire delle *leggi* straniere. Che bisogna decidere se l'esclusione risulta dalle disposizioni fatte dal defunto, donazioni o testamenti? Perchè la questione possa insorgere, è mestieri supporre che la legge straniera, la quale autorizza tal disposizione, sia contraria alla legge belga; se le due leggi sono d'accordo, l'erede belga non può invocare il beneficio della legge del 1865, poichè egli si sarebbe trovato escluso dall'eredità anche nel Belgio, qualora i beni tutti fossero quivi situati: egli non ha quindi diritto a dolersi poichè la nuova legge non ha voluto accordargli un privilegio, ma solo ristabilire l'uguaglianza cui quegli avrebbe diritto a termini della legge belga, uguaglianza che sarebbe rotta in conseguenza dell'applicazione d'una legge straniera.

Ma se la legge straniera autorizza una disposizione che la legge belga proibisce, l'erede belga potrà reclamare il prelevamento? In Francia, la dottrina e la giurisprudenza ammettono l'affermativa (3). Vi è una ragione di dubbio: può dirsi che l'erede belga è escluso, non dalla *legge locale,* ma dalla volontà del disponente. Si risponde che l'esclusione in pregiudizio dell'erede belga si fa direttamente per virtù della legge, poichè è questa che accorda la necessaria autorizzazione alla volontà del *de cuius.* Vi è dunque un conflitto di leggi: ora, dal momento che l'erede belga è escluso in conseguenza d'una legge straniera contraria alla legge belga, il testo della legge è applicabile. Quanto allo spirito della legge francese, esso non lascia alcun dubbio, poichè l'esposizione dei motivi della legge del 1819 dichiara in modo categorico nulla importare che l'e-

---

(1) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 291, n. 420, Demolombe, t. XIII, p. 282, n. 119.

(2) Sentenza di rigetto del 18 luglio 1859 (Dalloz, 1859, 1, 325).

(3) Demolombe, t. XIII, p. 284, n. 200. Massé e Vergé su Zachariae, t. II, p. 241, nota 6.

sclusione dell'erede francese provenga dal solo fatto della legge ovvero risulti da una disposizione dell'uomo autorizzata dalla legge. In questo senso fu giudicato che se il defunto minorenne ha legato tutti i suoi beni alla madre, escludendo gli eredi francesi, costoro possono reclamare il prelevamento, sovra i beni posti in Francia, di metà della successione. Infatti, la legge spagnuola, sotto il cui impero il testamento era stato fatto, autorizza il minore a disporre di tutti i suoi beni, mentre il codice Napoleone non gli consente se non di donare la metà dei beni di cui la legge permette di disporre al maggiorenne. Perciò la metà dei beni del minore appartiene in virtù della legge francese agli eredi del sangue; costoro sono dunque esclusi da questa porzione, in virtù del testamento conforme alla legge spagnuola. Avendo l'esclusione il suo principio nella legge straniera, vi è luogo a prelevamento (1).

Bisogna interpretare nel medesimo senso la legge belga? Su tale questione vi è stata nel seno delle Camere belghe una lunga e confusa discussione (2). Il ministro della giustizia ha parecchie volte dichiarato che a suo parere la legge non era applicabile se non nel caso in cui vi fossero riservatari belgi, che gli eredi non riservatari dovevano rispettare le disposizioni fatte dal defunto. Questa interpretazione fu sostenuta dagli uni e combattuta dagli altri. Ci sembra che la questione sia stata mal collocata. Non si supponeva già un'opposizione tra la legge straniera e la belga: in questa ipotesi il ministro aveva ragione di dire che il defunto poteva liberamente disporre non essendovi esclusione pronunciata nè autorizzata da una legge straniera. Ma quando vi è opposizione tra la legge straniera e la belga, non è necessario che gli eredi belgi abbiano la qualità di riservatari per avere il diritto di agire. Nella specie che noi abbiamo riferita, non vi era alcun erede con diritto a riserva: all'opposto, era stato istituito legatario universale l'ascendente; nondimeno gli eredi del sangue furono ammessi al prelevamento, perchè erano esclusi dai beni cui avevano diritto secondo la legge francese. Al Senato, il ministro della giustizia ammise questa restrizione all'opinione troppo assoluta da lui enunciata alla Camera dei rappresentanti. « Se, egli dice, la disposizione che fa lo straniero è conforme alle leggi belghe, deve avere i suoi effetti pieni ed intieri. Se urta taluni principii ammessi dalla nostra legislazione, non potrà essere in questo punto eseguita ». Questa spiegazione è in armonia con la dottrina e la giurisprudenza francesi.

557. Quando vi sono eredi legittimari, la quota di riserva e la disponibile, rispetto ai beni situati nel Belgio, vengono

(1) Sentenza di Cassazione del 29 dicembre 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 471).
(2) La discussione è riprodotta nella *Pasinomie*, 1865, p. 112, nota 1.

determinate dalla legge belga. Su questo punto non vi è alcun dubbio; per conseguenza potrà esercitarsi il prelevamento, se il riservatario belga non ha all'estero la parte che gli spetta secondo il codice Napoleone. Si è presentata un'altra difficoltà. Il riservatario francese era nel tempo stesso donatario esente da collazione. La donazione, valida secondo la legge francese, era nulla secondo la legge straniera, perchè non era stata omologata dai tribunali del paese. Ne risultava che il donatario francese non poteva reclamare l'adempimento della sua donazione sui beni situati all'estero. Era questa un'*esclusione* nel senso della legge del 1819? e per conseguenza il donatario poteva prelevare sui beni situati in Francia la parte della donazione che non poteva ricevere all'estero? La Corte di cassazione ha deciso che non eravi luogo a prelevamento (1). Infatti, il donatario non era escluso in virtù della *legge* straniera, poichè la legge straniera gli permetteva di reclamare la sua donazione in antiparte, a condizione che fosse valida in quanto alla forma. Se dunque la donazione non poteva eseguirsi all'estero, non è perchè la legge vi si opponesse, ma perchè il donatario aveva trascurato di adempiere le formalità prescritte dalla legge straniera. Ora, dal momento che l'esclusione non risulta dalla legge, non vi è luogo al prelevamento.

558. Gli eredi stranieri possono esercitare il prelevamento sui beni situati nel Belgio? Se tutti gli eredi sono stranieri, la questione non può essere neppur sollevata. La legge del 1865 contiene due disposizioni affatto diverse l'una dall'altra. La prima stabilita in favore degli stranieri, li chiama a succedere, nel Belgio, nel modo stesso che i nazionali; a questa disposizione si die' soddisfacimento coll'ammetterli alla successione che si apra nel Belgio. La seconda concerne esclusivamente i Belgi; *costoro,* dice il testo, preleveranno sui beni situati nel Belgio una porzione eguale al valore dei beni situati all'estero, da cui fossero esclusi in virtù della legge straniera. Lo spirito della nuova legge è altrettanto evidente quanto il suo testo. Qual'è lo scopo del legislatore? Egli si preoccupa dell'interesse dei regnicoli che la legge straniera esclude da un'eredità cui li chiama il codice Napoleone. Non avendo alcun'azione sulla legge straniera, nè sovra i beni siti all'estero, egli permette all'erede indigeno di esercitare sovra i beni situati nel Belgio i diritti che costui non può far valere all'estero. Ma il legislatore belga non deve preoccuparsi degli interessi dello straniero, governato dalla legge del suo paese, legge di cui consegue i vantaggi ed alla quale rimane sottoposto se gli è svantaggiosa. La questione fu risoluta in questo senso dalla Corte di cassazione di Francia (2).

---

(1) Sentenza di rigetto del 27 agosto 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 257).
(2) Sentenza di rigetto del 28 giugno 1863 (DALLOZ, 1863, 1, 419).

559. Che bisogna decidere se tutti gli eredi sono Belgi? La successione si apre all'estero, sotto l'impero di una legge che differisce dal codice Napoleone; essa esclude, in linea collaterale, le femmine a favore degli agnati; può l'erede escluso domandare il prelevamento sui beni siti nel Belgio? Non esitiamo a rispondere negativamente, quantunque la dottrina e la giurisprudenza francesi si pronuncino in senso contrario. Il testo è formale: esso suppone il concorso di eredi stranieri e di eredi indigeni. « Nel caso di divisione, dice l'articolo 4, d'una medesima eredità *fra coeredi stranieri e belgi* ». Lo spirito della legge non è dubbio. Qual'è l'obbietto della legge del 1865? Di dare agli stranieri la facoltà di succedere. Se non vi sono stranieri chiamati alla successione, non siamo più nella ipotesi preveduta dal legislatore. Ciò vuol dire che rientriamo nel diritto comune. Il legislatore ha voluto ristabilire l'uguaglianza fra gli eredi belgi e stranieri. Non può parlarsi più nè di vantaggio, nè di pregiudizio, nè d'uguaglianza, allorchè non vi sono parenti stranieri chiamati alla successione.

Si obbietta, in Francia, che il relatore della legge del 1819 abbia formalmente dichiarato che, quando i francesi sono comproprietarii, per diritto di successione, in Francia ed all'estero, si forma una massa della totalità dei beni e si procede alla divisione in conformità alle leggi francesi (1). Rispondiamo che una relazione non è una legge; la legge del 1819 non dice quello che il relatore le fa dire, essa è completamente estranea alle successioni devolute a francesi. Il prelevamento che essa autorizza è una disposizione eccezionale, che ha la sua ragione d'essere soltanto quando concorrano insieme francesi e stranieri. S'insiste e si dice che il principio dell'uguaglianza delle divisioni attiene all'ordine pubblico; che, in nessun caso e sotto niun pretesto, può ad esso esser portata offesa, in Francia, da leggi straniere che tendessero a modificarne gli effetti. Sono questi i termini d'una sentenza della Corte di Besançon (2). Si abusa singolarmente dell'espressione *ordine pubblico*. Il codice proibisce di derogare alle leggi d'ordine pubblico. È egli per avventura proibito di derogare alla successione *ab intestato* quando non vi sono eredi riservatarii? L'eguaglianza di cui parla la Corte di cassazione non è dopo tutto che l'ordine di succedere consacrato dal codice civile: esso non concerne che i beni situati in Francia. Senza dubbio il legislatore potrebbe autorizzare un prelevamento su questi beni nel caso in cui vi fossero beni situati all'estero, ed estendere così indirettamente il sistema del codice a tutta la sua successione. Ma occorre

(1) Demolombe, t. VIII, p. 289, n, 203 *bis*. Confronta Demante, t. III, p. 35, n. 33 *bis* III.
(2) Sentenza di Cassazione del 27 aprile 1868 (Dalloz, 1868, 1, 302).

una disposizione formale, poichè il prelevamento è sotto tutti i riguardi una misura eccezionale; dunque il solo legislatore può ordinarlo se lo stima conveniente. Per l'interprete, il silenzio della legge decide la questione.

II. — Sovra quali specie di successioni si esercita il prelevamento?

560. Il prelevamento si esercita senza alcuna difficoltà quando la successione è puramente immobiliare. Infatti, « gl'immobili, anche quelli posseduti dagli stranieri, sono regolati dalla legge francese ». Sono questi i termini dell'art. 3 che consacra il principio dello statuto reale. Il principio, attinto nell'antico diritto, si applica alle successioni immobiliari. Dunque il diritto comune assoggetta queste successioni alla legge del luogo in cui gli immobili sono situati (1). La legge del 1865 reca una nuova conferma alla regola dello statuto: essa permette agli eredi belgi di esercitare un prelevamento sui *beni siti nel Belgio*. Ora gli immobili sono, per eccellenza, beni siti nel Belgio: quando dunque un'eredità è puramente immobiliare, va regolata, quanto ai beni siti nel Belgio, dalla legge belga.

561. Quando l'eredità è puramente mobiliare, si presentano due questioni. Si domanda anzitutto se la successione deve essere regolata dallo statuto reale. Secondo il principo tradizionale del diritto francese, che il codice implicitamente ha conservato (art. 3), bisogna rispondere che la successione mobiliare è regolata dallo statuto personale, vale a dire dalla legge del paese cui lo straniero appartiene (2). Noi abbiamo detto altrove che lo statuto è determinato dalla nazionalità e non dal domicilio (3). Se il defunto era Belga la sua successione mobiliare sarà regolata dalla legge belga, ancorchè fosse stato domiciliato all'estero. Gli eredi belgi eserciteranno dunque, senza alcun dubbio, il prelevamento sui beni mobili che si trovano nel Belgio come pure sugli immobili. L'applicazione della legge del 1865 non presenta in questo caso alcuna difficoltà, poichè la successione si apre e si deferisce secondo la legislazione belga. Se il defunto era straniero, si applicherà la legge straniera in quanto concerne l'ordine della successione; ma quando concorrono eredi belgi con eredi stranieri, i primi avranno diritto al prelevamento stabilito a loro favore dalla legge del 1865 Questa legge deroga allo statuto personale nel senso che gli eredi belgi, se dalla legge straniera sono esclusi da una parte dei

(1) Vedi il t. I dei miei *Principii*, nn. 108 e 109.
(2) Vedi il t. I dei miei *Principii*, n. 120.
(3) Vedi il t. I dei miei *Principii*, n. 87.

beni cui avrebbero diritto secondo la legge belga vengono compensati col prelevamento del medesimo valore sopra i mobili che si trovano nel Belgio (1). Il testo è generale; esso dice che il prelevamento si esercita sui *beni*, non già sugli *immobili* situati nel Belgio; ora tanto i mobili quanto gli immobili sono realmente collocati nel Belgio. Del resto non v'è alcuna ragione per non permettere il prelevamento sugli oggetti mobili; sarà questo spesso il solo mezzo per stabilire l'uguaglianza fra gli eredi belgi e stranieri; la legge doveva dunque autorizzare gli eredi belgi ad esercitare il loro regresso sovra qualunque specie di valori mobiliari. Vi sono tuttavia dei valori che danno luogo ad un dubbio; cioè i crediti, le obbligazioni o le azioni straniere, i cui titoli per vero si trovano nel Belgio, ma vengono pagati all'estero. Si può dire di questi valori che sono *siti* nel Belgio? No certo, ma non sono neppure *siti* all'estero. Siccome la lettera della legge non può applicarsi bisognerà ricercare lo spirito. Ora, lo scopo che il legislatore ha in vista è ben chiaro. Egli vuol dare all'erede belga tutte le garanzie di cui si dispone: egli ha i titoli sotto mano, li distribuisce agli eredi belgi. La garanzia potrà essere inefficace se all'estero si ricusa di consegnare i fondi ai possessori dei titoli (2). Questo inconveniente non trova rimedio che nelle convenzioni diplomatiche come accade per tutte le altre difficoltà relative al diritto civile internazionale (3).

562. L'applicazione di questi principii ha dato luogo ad una difficoltà molto seria. Un Francese naturalizzato agli Stati Uniti muore lasciando un testamento olografo col quale, dopo avere legato a sua moglie i mobili ed un terzo di tutti i suoi beni, istituisce legataria universale la sorella, residente in Francia e rimasta francese. La vedova usando d'un diritto accordatole dalla legge locale rinuncia al legato ed opta pell'assegno vedovile. Essa viene ad esercitare questo diritto sui mobili esistenti in Francia. La legataria universale può invocare la legge del 1819 per prelevare su questi mobili la porzione dei beni da cui è esclusa in virtù della legge locale? È stato deciso che non aveva diritto al prelevamento (4). Noi crediamo che la Corte di Parigi abbia rettamente giudicato, ma importa di ben precisare i motivi della sua sentenza. Non è che la vedova avesse diritto all'assegno vedovile in virtù del suo statuto personale; poichè lo statuto personale non impedisce, come ab-

---

(1) Demante, t. III, p. 36, n. 33 *bis* IV. Demolombe, t. XIII, p. 290, num. 206. Sentenza di Cassazione del 27 agosto 1850 (Dalloz, 1850, 1, 257) e del 29 dicembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 471).

(2) Sentenza di rigetto del 21 marzo 1855 (Dalloz, 1855, 1, 137). Demolombe, t. XIII, p. 292, n. 207.

(3) Vedi il t. I dei miei *Principii*, n. 140.

(4) Parigi, 6 gennaio 1862 (Dalloz, 1862, 2, 73.

biamo detto, l'applicazione della legge del 1819. Ma perchè questa legge sia applicabile, occorre che l'erede francese sia escluso da uno statuto locale, contrario alla legge francese. Vi era esclusione nella specie? Il motivo di dubitare è che la legge francese non conosce più assegno vedovile. In apparenza dunque, v'era quella opposizione fra la legge straniera e la francese che giustifica il prelevamento. Ma la condizione essenziale mancava: non v'era concorso di eredi. La Corte di Parigi ha cura di osservare che l'assegno vedovile costituisce in favore della vedova, sui beni del marito che ne sono affetti, un diritto di proprietà preesistente alla morte. Perciò la vedova agiva non in qualità di erede, ma come proprietaria in virtù d'un contratto tacito.

563. Quando l'eredità si compone di mobili ed immobili situati nel Belgio ed all'estero, l'applicazione della legge del 1865, giusta quanto abbiamo detto testè (num. 560 e 561), non è dubbia. Rimane a sapere come si eserciti il prelevamento, ed è quello che esamineremo or ora.

III. — Come si esercita il prelevamento.

564. Togliamo dalla relazione di Boissy d'Anglas sulla legge del 1819 un esempio che mostrerà il modo col quale il prelevamento si esercita. Un Inglese muore lasciando un figlio stabilito in Inghilterra e nipoti nati in Francia da una figlia maritata ad un Francese. Cadono nella successione beni posti in entrambi i paesi. In Inghilterra esiste ancora il diritto d'albinaggio che è invece abolito in Francia. Se i nipoti del defunto si presentano in Inghilterra per essere ammessi alla successione del loro avo, saranno respinti perchè soggetti al re di Francia. In forza della legge del 1819, l'Inglese sarà ammesso a succedere nei beni che suo padre possiede in Francia, ma i figli di sua sorella comincieranno dal prelevare su questi metà del valore dei beni siti in Inghilterra e dai quali sono esclusi per la legge inglese. A questo effetto, si forma una massa di tutta l'eredità: i nipoti francesi ne riceveranno una porzione uguale alla metà dell'intero patrimonio, ed il sopravanzo sarà lasciato all'erede straniero (1).

565. Si procede così quando l'esclusione pronunciata dalla legge straniera contro gli eredi francesi profitta indistintamente a tutti loro coeredi stranieri: il prelevamento si esercita allora su tutti i beni che sono nel Belgio. Questi beni, diceva Boissy

---

(1) Confronta sentenza di rigetto del 16 febbraio 1842, alla parola *Succession*, n. 116). Grenoble, 25 agosto 1848 (Dalloz, 1849, 2, 248).

d'Anglas, saranno per essi un vero pegno, su cui eserciteranno una specie di privilegio. Ma non si può similmente procedere quando il beneficio della legge straniera non profitta che ad un solo o a taluni degli eredi stranieri poichè in questo caso gli altri sono esclusi al pari degli eredi belgi. La legge del 1865 vuole l'eguaglianza; infranta questa a vantaggio degli eredi stranieri per l'esclusione degli eredi belgi, deve essere ristabilita, ma naturalmente contro coloro che traggono vantaggio, dall'ineguaglianza: quando dunque l'esclusione non profitta che a taluni degli eredi stranieri, il prelevamento non deve esercitarsi che sulla parte di questi eredi, e non su quella degli stranieri che sono egualmente esclusi, altrimenti una legge che vuole la parità di trattamento diverrebbe una legge d'ineguaglianza. La Corte di cassazione ha deciso in questo senso (1). Si obbietta che limitando il prelevamento alla parte dell'erede straniero che si trova in condizione privilegiata, potrà avvenire che, anche esaurendo la porzione che spetterebbe a costui sopra i beni siti nel Belgio, gli eredi belgi non siano soddisfatti della parte che loro spetta nell'eredità secondo il codice Napoleone. Ciò è vero ma il legislatore non avrebbe potuto conferire ad essi alcuna azione sulla parte degli stranieri esclusi se non violando la giustizia; ora la giustizia deve prevalere sull'eguaglianza.

566. Gli eredi stranieri esclusi prenderanno dunque la loro parte sui beni siti nel Belgio. Si è preteso che bisognava andare più in là, permettendo a costoro di esercitare il prelevamento su questi beni, al fine di ristabilire l'eguaglianza fra tutti gli eredi. La Corte di cassazione ha rigettata questa opinione. Al qual titolo gli stranieri preleverebbero la porzione da cui sono esclusi sui beni situati nel Belgio? Essi non possono invocare la legge straniera, poichè è precisamente questa che li ecclude. Invocherebbero la legge belga? Si risponderà loro, come abbiamo fatto noi (n. 558), che la legge del 1865 ha accordata una protezione speciale agli eredi belgi, ma non ha voluto nè dovuto estendere la sua sollecitudine agli eredi stranieri. È vero che costoro saranno lesi, ma non possono dolersi poichè il pregiudizio che soffrono risulta dalla legge cui sono naturalmente soggetti, e della quale, in altre circostanze, risentono vantaggio (2).

---

(1) Sentenza di Cassazione del 27 agosto 1850 (Dalloz, 1850, 1, 257).
(2) Sentenza di rigetto del 29 giugno 1863 (Dalloz, 1863. 1, 419).

IV. — Competenza.

567. Secondo il diritto comune, la successione si apre nel luogo del domicilio del defunto, e le contestazioni che insorgano tra gli eredi fino alla divisione sono di competenza del tribunale di questo luogo (n. 525). La legge del 1865 deroga a questo principio. Poichè gli eredi belgi sono autorizzati ad esercitare un prelevamento sui beni situati nel Belgio, ne segue che le contestazioni cui dà luogo il prelevamento debbono essere portate innanzi ai tribunali belgi. Ma lo scopo della legge del 1865 è stato precisamente di derogare a questo statuto nell'interesse degli eredi belgi. Chi tutelerà i loro diritti in caso di contestazione? I tribunali del Belgio, ciò s'intende. Questo principio è pacifico in giurisprudenza (1).

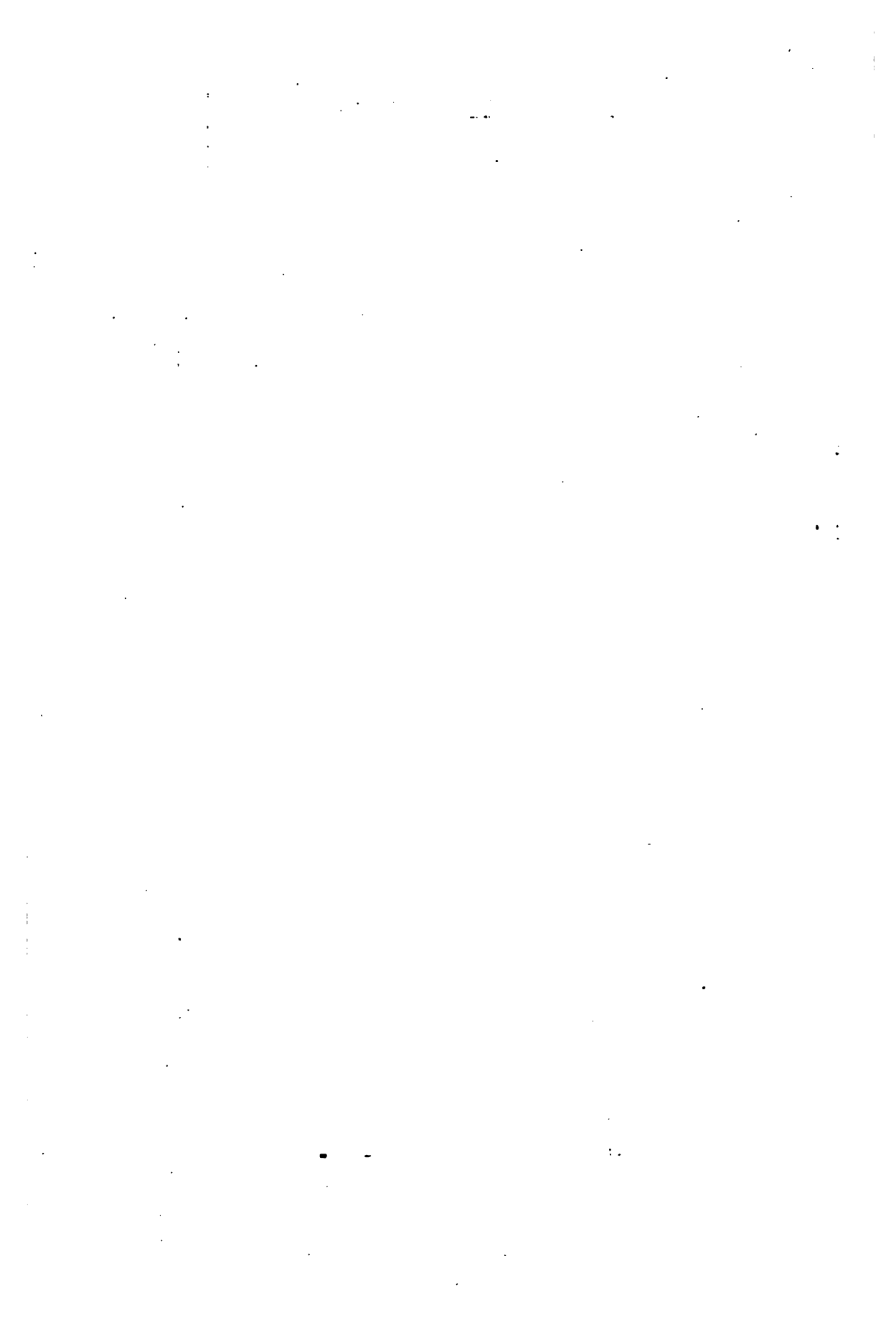
568. Se uno straniero morisse nel Belgio, non lasciando alcun erede belga, i tribunali belgi sarebbero competenti? Sì se lo straniero fosse domiciliato nel Belgio; in questo caso sarebbe applicabile l'art. 110. Non si potrebbe certamente opporre la qualità di straniero degli aventi diritto: infatti la legge, concedendo loro la facoltà di succedere nel Belgio, accorda pure ad essi implicitamente il diritto di portare le contestazioni risguardanti la successione innanzi ai tribunali belgi. Ma se lo straniero, morto nel Belgio, avesse il suo domicilio all'estero, i tribunali belgi non sarebbero più competenti; l'art. 110 non troverebbe più applicazione, poichè la successione è aperta all'estero, nè sarebbe applicabile la legge del 1865, perchè non vi sono eredi belgi (3).

Si fa eccezione a questi principii se la contestazione concerne i mobili situati nel Belgio. In questo caso potrebbe essere applicato l'art. 3, a termini del quale gli immobili posseduti in Francia dagli stranieri sono regolati dalla legge francese. E' quanto ha giudicato la Corte di cassazione nella specie che segue: il principe Ghyka, ospodaro di Moldavia contraendo un secondo matrimonio, aveva riconosciuto nel contratto che i beni conferiti dalla futura sposa consistevano nel castello di Mée, situato nel cantone di Melun, nei mobili istruenti il detto castello, in una somma di 200,000 franchi ed in un titolo di rendita per 4054 franchi. Dopo la sua morte, i figli nati dal primo matrimonio promossero contro la vedova giudizio per ottenere la restituzione di questi beni il cui conferimento ritenevano fosse stato puramente fittizio. La Corte di Parigi si dichiarò incompetente, perchè si trattava della suc-

(1) Sentenza di Cassazione del 29 dicembre 1856 (DALLOZ, 1856, 1, 471).
(2) Parigi, 13 marzo 1850 (DALLOZ, 1850, 2, 79).

cessione di uno straniero aperta all'estero. Sul ricorso contro questa sentenza, la Cassazione mantenne l'incompetenza in quanto concerneva i valori mobiliare, ma la cassò in quanto riguardava il castello di Mée. Per gli immobili la Corte suprema decise che bisognava seguire l'antica regola, sempre in vigore, secondo cui essi seguono la persona del loro proprietario e si reputano esistere nel luogo in cui è aperta la successiene, salvo il caso previsto dalla legge del 14 luglio 1819: questa legge era fuori di causa, poichè non vi erano eredi francesi. Quanto al castello di Mée, l'art. 3 accordava competenza ai tribunali francesi, trattandosi d'un immobile situato in Francia (1).

---

(1) Sentenza di Cassazione del 22 marzo 1865 (Dalloz, 1865, 1, 127).

APPENDICE I.

Piantagioni verso il confine del vicino

(Art. 579 codice civile).

Risalgono alle più antiche tradizioni del diritto italiano e alle greche leggi le primitive regole su la distanza degli alberi dal confine del vicino. Solone avea prescritto in Atene (come riferisce Plutarco nella vita di Solone) la distanza di nove piedi per gli alberi di fico e di ulivo, e cinque piedi per gli altri alberi. Caio spiegando la legge delle Dodici Tavole dicevala desunta dalla legge ateniese e riferiva il testo greco della legge quam Athenis Solon dicitur tulisse, come vediamo nella edizione delle Pandette Fiorentine (Firenze, Torrentino 1853, pagina 260) nella quale non si aggiunge la versione latina di quel testo che finisce τὰ δε ἄλλα δένδρα πέντε πόδας. Nella versione latina, che dicesi aggiunta da Bulgaro, è detto; *caeteras arbores quinque pedum* (1).

La distanza così designata del diritto comune servìa di norma, dove una consuetudine diversa non esistesse. Tale designazione delle distanze non impediva i danni pei rami che si protendeano sul fondo del vicino; e perciò fu poi sancito che il vicino potesse chiedere che si tagliassero i rami all'altezza di quindici piedi, e se il padrone nol facesse si permetteva al vicino di farlo e di prendersi il legno reciso. Ulpiano scrivea: Deinde ait praetor: *Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per te stat, quominus pedes quindecim a terra eam altius coer-*

---

(1) Alciato voleva correggere *duo pedes*, secondo qualche codice di Plutarco, ma nelle accurate edizioni di Plutarco troviamo πέντε, *quinque*. *Plutarchi Vitae*; *secundum codices parisinos recognovit Döhner*. Parisiis. Didot, 1846, t. I, pag. 109. La emendazione di Alciato (*Dispunctionum*, lib. II, cap. 6) fu seguita da alquanti giureconsulti italiani; ma gli altri rimasero fedeli al testo nelle *Pandette* riferito da Caio. Nella edizione di Mommsen ora venuta in luce (*Digesta*, Berlino, Weidmann, 1870, vol. I, pag. 308) quel testo è conforme alle Fiorentine. Anche Armenopulo, secondo la edizione di Heimbach (Lipsia, Weigel, 1851, p. 291) dice: πέντε πόδας.

ceas, tunc, quominus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto. Quod ait praetor, et lex XII tabularum efficere voluit, *ut quindecim pedes altius rami arbores circumcidantur;* et huc idcirco effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret (fr. 7 e 8, tit. XXVII, lib. 43, Dig. *de arboribus caedendis* (1). Provvedeasi ancora pei danni delle radici che si introducono nel fondo del vicino. Scrive Pomponio: Si arbor in vicini fundum radices porrexit, recidere eas vicino non licebit: ager autem licebit, non esse eius, sicuti tignum, aut protectum, immissum habere. Si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius (fr. 6, § 2, lib. 47, tit. 7, Dig. *arb. furtim caesarum*). Poteva il padrone dell'albero raccogliere fra tre giorni i frutti caduti sul fondo vicino (Dig. lib. 43, tit. 28, *de glande legenda*) Glandis nomine omnes fructus continentur. Giustiniano avea dichiarato nelle Instituzioni che sono comuni gli alberi nel confine, e che aveano le radici etiam in vicini fundum; e attribuivasi l'albero al padrone del terreno nel quale avea le radici (*Inst.* II, 2, § 31).

Da queste norme del romano diritto derivò in Italia una grande varietà di consuetudini locali per la distanza secondo le piantagioni diverse, contemperavansi le tradizioni e norme del romano diritto con gli usi locali, negli statuti delle città italiane sia per le distanze dal confine, sia pel taglio di rami e per la recisione delle radici. Doveano tosto eseguirsi gli ordini del magistrato sotto pena pecuniaria a prò del Comune contro il padrone degli alberi che fra pochi giorni designati nelle statuto non eseguisse l'ordine emesso a petizione del vicino.

Basta ricordare alcuni esempii.

Nelle consuetudini di Napoli (tit. 29) si legge: « Si arbor vicini pendet supra domum, fundum, terram, vel aream alterius, potest tam ipse, in cuius terra est arbor, quam ipse, in cuius domum, fundum, terram vel aream, pendet, *totum, quod sic impendet, incidere;* quod si nolint incidere, fructus provenientes ex ipso, quod impendet, *communes sunt* ei, in cuius domo, terra, fundo, vel area impendet, et illi, in cuius fundo, vel terra arbor est ».

Negli statuti di Perugia se il vicino sul cui fondo pendevano gli alberi altrui reclamava, doveasi ordinare che fra otto giorni si eseguisse il taglio. Il vicino, se non reclamava quel taglio, potea fructus colligere et pro se habere (*Stat. Perus.*, lib, II,

(1) CUIACIO dichiara questa legge: « In agris autem arbor vicini, quae impendet in fundum meum, et umbra sua meae possessioni nocet, sublucanda tantum ramis supputatis, et coercenda est, quia non omnis arbor, non omnes rami mihi officiunt, sed ii tantum, qui a terra subtus excrescunt, usque ad quindecim pedes, ut praetor definivit ex lege 12 tabul *d. l. 1*, § *pen. et l. 2 de arb. caed.* Et eatenus dumtaxat supputandi sunt rami, non usque ad summum cacumen arboris. » Tom. IX, Napoli 1758, col. 1140.

ruq. 56, *de arboribus*). Simile era il cap. 25, lib. II degli statuti di Benevento. E' prescritto negli statuti civili di Valtellina doversi « tagliare o fare tagliare a cerco a cerco, fra tre giorni li rami d'esso arbore, che impendono nel detto fondo, e restringere esso arbore in altezza, per lo spaccio di quindici piedi aliprandi, dalla terra d'esso fondo vicino. E questo acciochè l'ombra d'esso arbore non abbia a fare nocumento al detto fondo, e passati li detti giorni sia lecito al Patrono, e come di sopra, di esso fondo vicino di fare tal cosa, e senza alcuna pena ritenere in sè i legni così tagliati. Statuendo ancora che nell'avvenire nessun arbore di castagne, noci, cerase, moroni ed altri della medema grandezza, si possano piantare appresso d'alcuno edificio, overo possessione del vicino, se non sarà distante per quarti sedici » (Cap. 257, pag. 184, ediz. di Coira 1737). Negli statuti di Modena (lib. 4, rub. 43) è prescritta per la piantagione di alberi la distanza di sei braccia dal confine. Faceansi pel taglio le eccezioni per gli alberi fruttiferi, e per quelli *avitati*. Per le querce ed altri alberi che non producono frutti, comestibiles ad usum hominis, lo statuto di Firenze prescrive che se l'*uggia* fosse prope bona vicini ad octo brachia si recidesse a petizione del vicino a spese del padrone (lib. IV, tit. 68, p. 437). La città di Belluno prescrivea per gli alberi la distanza di dieci piedi, e per le *viti* e loro *altani* sono cinque piedi (lib. II, pag. 180, edizione 1747). Veggo negli statuti di Novara (lib. II, pag. 62) designata la distanza di quattro braccia per gli alberi, ma per le viti e gli alberi fruttiferi sole due braccia. Bologna vietava gli alberi fra tre pertiche dall'*aia* (area) del vicino. Per i pioppi, rovere e querce voleansi tre pertiche da campo o vigna del vicino (1). Negli statuti di Faenza (lib. V, rubrica 38) si ordinava sulla petizione del vicino di svellere gli alberi che fossero entro dieci piedi di pertica dal confine, o di cinque piedi se vi si trovasse un *fossato intermedio*, non ostante qualsiasi prescrizione. La città di Forlì proibiva *plantas sive arbores cuiusvis generis* e tre piedi di pertica dal fondo del vicino; a cinque piedi, se vi fosse vigna o canneto. Il taglio di rami o radici ordinava per quanto protendeansi nel fondo del vicino (rub. 8 e 9, lib. IV). Trovo negli statuti di Lucca (lib. II, fol. 129, cap. *de arboribus incidendis et fructibus colligendis*) le norme più semplici e generali. Il vicino può raccogliere i frutti dell'albero che pende sul suo fondo, e può chiedere che sieno tagliati i rami che vi pendono, tranne se esista una *locale consuetudine diversa*. Per

(1) Notarono alcuni giureconsulti antichi come per tali distanze gli *usi locali* prevaleano alle leggi. MONTERENZI, *Ad Stat. Bonon.*, libro IV, pag. 523, ediz. 1561 — DE ZAURIS, *Stat. Favent.*, vol. II, pag. 150 — PACICHELLI, *Tract. jurid. de distantiis* che nella edizione di Roma 1672 contiene il voto di Marcello Severolo dopo la decis. 34 della Rota Romana — FIERLI, *Observ. prat.*, Firenze 1796, volume II, p. 130, ecc. — ROMUSSI, *De re agraria*, note *ad Resp.* 46 e 47, ediz. 2.ª Firenze 1836.

le distanze si prescrivea che nessuno possa tenere alcun albero che in altezza ecceda dodici braccia, se non sia distante almeno dieci braccia *ab agro vicini* ed ogni albero che sia entro tale distanza ed ecceda quell'altezza, *debeat ad petitionem vicini incidi cum effectum vel diminui ita quod non sit altior brachis* XII. Gli alberi a distanza minore di dieci braccia debbono essere distanti almeno sei braccia dagli altri della stessa linea. A minore distanza e più spessi si permettono gli alberi da frutto, fichi, peschi, melogranati, cotogni, peri, pomi, gelsi, ciriegi, purchè non eccedano dodici braccia o non sieno a distanze minori di dieci braccia. Tali distanze ed altezze non si applicavano per gli ulivi, e si permettevano gli alberi di maggiore altezza e più spessi, ove fossero vicini a boschi o altri *locis agrestibus*.

Poche norme si trovano nelle francesi *coutumes*. La *Coutume d'Orléans* nell'art. 259 prescrivea per olmi, noci e quercie, la distanza di quattro tese dalla vigna del vicino, per siepi vive un piede e mezzo dai fondi vicini e la siepe voleasi di spino bianco. Per la Normandia dice Basnage (*Des servitudes*, Oeuvres, II, 573), *l'usage le plus universel* era di piantare ogni sorta di alberi *sans distinction* a sette piedi dal fondo del vicino. In Francia perciò si voleano in parte seguire o le leggi romane o gli usi locali; e la giurisprudenza avea riconosciuto che pel taglio delle radici il vicino non avesse bisogno di istanza o di licenza del magistrato. Dicea Basnage: « Aujourd'hui on ne garde plus cette formalité, et chacun peut couper les racines qu'il trouve sur son fond » (*Oeuvres*, II, p. 573) (1).

Il codice civile francese raccogliendo le norme del diritto romano e delle consuetudini negli articoli 671 e seg. sanciva che in difetto di regolamenti o di usi locali costanti e riconosciuti si conservasse una distanza di due metri per gli alberi di alto fusto e di mezzo metro per gli *altri alberi e siepi vive*, e che senza distinzione per gli *alberi* tutti (il che si applicava apertamente ad ogni pianta) si permettesse al vicino di chiedere che fossero tagliati i rami che nel suo fondo estendevansi, e di tagliare senza bisogno di petizione o licenza, le radici che nel suo fondo si estendono.

---

(1) Trovo però un *Arrest du Parlement* portant *Réglement sur les Plantations*, del 17 agosto 1751, per gli alberi da frutto, e di alto fusto, e per le siepi, che permette ad un piede e mezzo dal vicino, purchè sieno « tondues au moins tous les six ans du coté du voisin, et seront réduites alors a la hauteur de cinq a six pieds au plus. » È pubblicato da PESNELLE, *Cout. Normand.*, Rouen, 1759, pagina 720. — Per la Germania citerò soltanto degli antichi l'EINECCIO, *Elem. jur. Germ.*, lib. II, tit. III, § LXIX, sul diritto del vicino di tagliare i rami sul suo fondo sporgenti o di coglierne i frutti; fra i moderni MITTERMAIER che offre notizie per le distanze di piantagioni, e indica varie opere e leggi nel suo dotto trattato: *Principî di diritto privato tedesco* (6ª ediz., Regensburg 1842, vol. I, *von den Dienstbarkeiten*, § 167, pag. 449).

Nel codice austriaco (1811, esteso al Lombardo-Veneto nel 1815) nulla si prescrivea per le distanze; ma il taglio di rami sporgenti o di radici permetteasi al vicino senza implorare il magistrato (§ 422). Nelle *leggi civili* delle Due Sicilie (1819), art. 392 e seg., nel codice civile di Parma (1820), art. 522 e seg., fu seguìto il codice francese.

Una riforma di quel sistema venne proposta nella Repubblica e Cantone del Ticino nel *Progetto* pubblicato nel 1834 (1). Nel codice poi sancito nel 14 giugno 1837 si adottarono quelle basi estendendo le distanze, ed è opportuno indicarne il testo: « Articolo 255. Nessuno può piantare siepe viva se non alla distanza di un braccio dal fondo vicino; ed in eguale distanza deve essere conservata. Per la siepe di gelsi si osserverà il dispositivo dell'art. 263, § 1. Le siepi di robinia non si possono piantare che in confine colle strade maestre o comunali, colle pasture pubbliche, con boschi e selve ed altri simili luoghi incolti, e lungo le sponde dei fiumi. — Art. 256. Le siepi vive, escluse quelle di gelsi, dovranno essere tagliate e rimondate ogni anno, onde siano conservate nella distanza ed altezza prescritta, e dovranno pure tagliarsi ogni anno i rami delle siepi di gelso sporgenti sul fondo del vicino. Se ciò non viene eseguito dal padrone, potranno i vicini dopo un avviso anche privato, farlo a di lui spese (§ 1). La siepe viva non può elevarsi più di braccia due e mezzo dalla superficie del terreno più alto. Quella di gelsi potrà alzarsi sino a cinque braccia. — Art. 263. Non è permesso di piantare alberi di alto fusto non fruttiferi, e neppure roveri, castagni e noci, se non alla distanza di braccia ventiquattro dalle abitazioni ed annessi giardini, di braccia diciotto dagli altri fabbricati, orti e giardini cinti, e di braccia dodici da fondi coltivi. Gli altri alberi fruttiferi non possono essere piantati che alla distanza di braccia dodici dai fabbricati, orti e giardini cinti, e di braccia otto dai fondi coltivi. Li gelsi di asta non potranno essere piantati che alla distanza di braccia quattro dal confine, e nella lontananza di otto braccia l'un dall'altro: se a siepe od a boschetto, alla distanza di braccia due dal confine e nella lontananza di braccia quattro l'uno dall'altro. Gli oppi, i persici ed i salici innestati e da innestarsi potranno essere

---

(1) Art. 247 del *Progetto*. « Nessuno può piantare siepe viva se non alla distanza di un braccio dal fondo vicino, e in eguale distanza deve essere conservata. — Art. 248. Le siepi vive dovranno essere tagliate e rimondate ogni anno, onde sieno conservate nella distanza e altezza prescritte. Se ciò non viene eseguito dal padrone, potranno i vicini, dopo un avviso anche privato, farlo a di lui spese. § 1. La siepe viva non può elevarsi più di braccia due e mezzo dalla superficie del terreno. Quella di gelsi potrà alzarsi sino a cinque braccia. — Articolo 249. Le siepi morte potranno piantarsi liberamente in confine sulla linea retta dei termini: le siepi vive non potranno piantarsi che alla distanza d'un braccio, se di gelsi o rubini alla distanza di due braccia dal fondo del vicino. » Bellinzona, 1834, pag. 52.

piantati alla sola distanza d'un braccio dal confine, e coll'intervallo però di braccia sei da una pianta all'altra. Le viti si potranno piantare alla sola distanza di mezzo braccio dal confine, ma coll'intervallo come sopra. Le viti però che si sostengono e s'attaccano a legna morta, potranno essere piantate alla distanza di un braccio l'una dall'altra. Nei boschi e nelle selve ciascun proprietario potrà piantare ogni sorta di piante, anche in confine ».

Facevasi nel maggio 1836 in Torino l'esame dei progetti del codice albertino e dopo accurate modificazioni dei primi progetti vennero introdotte importanti riforme pur conservando talune norme dell'antica legislazione e giurisprudenza, come vedesi negli articoli 603 e seguenti del codice albertino (1837). Si vollero eseguiti per le distanze i *regolamenti locali*, e solo in difetto di regolamenti si prescrissero le distanze secondo la natura delle piante, se fossero di alto fusto a tre metri, se di non alto fusto a un metro e mezzo; e si volle solo un mezzo metro per viti, arbusti, siepi vive e piante da frutto tenute nane o ad altezza non maggiore di due metri e mezzo.

Il codice estense (1851) adottava con lievi modificazioni la riforma subalpina, ma le distanze prescrivea alquanto maggiori; e per talune ragioni lasciava vigenti o le notificazioni del 1790 e 1791, o le consuetudini e i regolamenti (art. 570 e seg.).

Il codice italiano (1865) adottava nell'articolo 579 le riforme contenute nell'articolo 603 sopra indicato del codice albertino, solo estendendo per le siepi di robinie la distanza a due metri.

Art. 579. Non è permesso di piantare alberi verso il confine del vicino a distanze minori di quelle determinate dai regolamenti locali. In mancanza di questi, devono osservarsi le distanze seguenti:

1.° Tre metri per gli alberi di alto fusto.

Sono riputati, quanto alle distanze, alberi di alto fusto, quelli, il cui fusto o semplice o diviso in rami sorge ad altezza notabile, quali sono i noci, i castagni, le querce, i pini, i cipressi, gli olmi, i pioppi, i platani e simili.

Gli alberi di robinie e i gelsi della China sono equiparati per le distanze agli alberi di alto fusto.

2.° Un metro e mezzo per gli alberi di non alto fusto.

Sono riputati alberi di non alto fusto quelli il cui fusto, sorto a breve altezza, si diffonde in rami, quali sono i peri, i meli, i ciriegi, ed in generale gli alberi da frutti non indicati al n. 1, ed altresì i gelsi, i salici, le robinie a ombrello ed altri simili.

3°. Un mezzo metro per le viti, gli arbusti, le siepi vive, i gelsi tenuti nani ed anche per le piante da frutto tenute nane od a spalliera e ad altezza non maggiore di due metri e mezzo.

La distanza sarà però di un metro, qualora le siepi sieno di ontano, di castagno, o di altre simili piante che si recidono

periodicamente vicino al ceppo, e di due metri per le siepi di robinie.

Le distanze anzidette non sono necessarie qualora il fondo sia separato da quello del vicino con un muro proprio o comune, purchè le piante siano mantenute in modo da non eccedere l'altezza del muro.

Nello scorso anno in Francia si riformarono gli articoli del codice concernenti gli alberi presso al confine del fondo (1). Per le distanze fu reso più semplice il sistema elargandole alquanto, e distinguendo gli alberi o piante in due classi; l'una più alta di due metri che potea piantarsi a due metri dal confine, l'altra di altezza minore di due metri e voleasi a mezzo metro di distanza, prescrivendosi che il vicino possa pretendere l'estirpazione o la riduzione alla designata altezza.

Per questo temperamento di altezze e distanze la riforma francese in gran parte era somigliante alle savie norme che vedemmo già in parte sancite negli Statuti di Lucca, nel codice della Repubblica e Cantone del Ticino, e nel codice albertino.

È opportuno un cenno su le due novità principali introdotte dal codice albertino ed ora estese pel nuovo codice a tutta l'Italia.

I.

Norma unica per le distanze si riconosce nei regolamenti locali, talchè in difetto di regolamenti non è più lecito invocare i locali usi inveterati. Tali usi erano già ammessi dal codice francese e dagli altri che ne aveano seguito l'esempio ed ora si riprodusse la prudente sanzione nell'ultima riforma francese.

---

(1) *Art. 671, 673, modifiés par la loi 20 août 1881.* — Art. 671. « Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes prés de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les réglements particuliers actuellement existants, ou par des usages coustants et reconnus, et, à défaut de réglements et usages, qu'à la distance de deux métres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux métres, et à la distance d'un demi-métre pour les autres plantations. — Les arbres, arbustes et arbrisseaux de toute espéce pouvent être plantés en espaliers, de chaque côté du mur separatif, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance, mais ils ne pourront dépasser la crête du mur. Si le mur n'est pas mitoyen, le propriétaire seul a le droit d'y appuyer ses espaliers. — Art. 672. Le voisin peut exiger que les arbres, arbrisseaux et arbustes, plantés à une distance moindre que la distance légale, soient arrachés ou réduits à la hauteur déterminée dans l'article précédent, à moins qu'il n'y ait titre, destination du père de famille ou prescription trentenaire. Si les arbres meurent, ou s'ils sont coupés ou arrachés, le voisin ne peut les remplacer qu'en observant les distances légales. — Art. 673. Celui sur la propriété duquel avancent les branches des arbres du voisin peut contraindre celui-ci à les couper. Les fruits tombés naturellement de ces branches lui appartiennent. Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage, il a le droit de les y couper lui-même. Le droit de couper les racines ou de faire couper les branches est imprescriptible ».

Vollesi però in Italia impedire ogni incertezza, ogni indagine di consuetudini locali, ogni pericolo di prove orali e fu preferita la sola prova scritta ai regolamenti locali, come legge riconosciuta opportuna alle speciali condizioni delle coltivazioni e dei terreni.

Possono i Comuni per evitare frequenti controversie ridurre in *regolamenti* speciali i loro usi costanti e migliori per tali distanze per alberi o siepi; ma ove non esistano regolamenti, non è più lecito invocare quegli usi. Ciò fu espressamente dichiarato in Torino nella riforma che i compilatori del codice albertino introdussero. Nelle *discussioni al Consiglio di Stato* troviamo: « Il Guardasigilli aderisce a che le disposizioni dell'articolo non abbiano luogo, se non in mancaza di *regolamenti*. Quanto poi agli *usi*, dice, che essendo ben di rado costanti si lascia il campo alle liti, e vi trova inoltre inconveniente che non possano i medesimi provarsi altrimenti che colla prova testimoniale, che i lcodice ha procurato di rendere meno frequente che si potesse.

Un Membro della Sezione non ha difficoltà a che si parli soltanto dei *regolamenti* e non degli *usi*, rimanendo aperta la via al fare regolamenti particolari ai luoghi in cui le regole stabilite dal codice non convenissero all'interesse dell'agricoltura.

Sono prese le seguenti determinazioni di massima:

2. Che le disposizioni del medesimo (articolo) avranno luogo soltanto in mancanza di regolamenti locali debitamente approvati » (1).

Additiamo queste autorevoli dichiarazioni per inferirne che l'art. 579 del codice italiano adottando la limitazione scritta nell'art. 603 del codice albertino, ammise per sola norma i regolamenti locali o il codice; ed escluse ogni uso agrario o consuetudine non espressa nei regolamenti. La pratica giurisprudenza riconosceva questa interpretazione del codice albertino e perciò scriveano i commentatori piemontesi che si escludono le prove di consuetudini e usi in difetto di regolamenti (2).

Il codice italiano anco dimostra la esclusione degli usi locali, e la limitazione ai regolamenti; perchè mentre l'art. 579 determina le distanze *in mancanza di regolamenti locali*, l'articolo 580 per le piante vicine alle sponde dei canali o lungo le strade comunali, prescrive che si osservino *in mancanza di regolamenti, gli usi locali,* e solo *in mancanza di questi* le distanze segnate nel codice; e l'art. 582 per taglio di rami o radici di alberi, fa salvi i regolamenti e gli *usi locali* quanto agli ulivi.

---

(1) *Motivi dei codici per gli Stati Sardi.* Genova, 1853, pag. 551.

(2) *Manuale Forense,* Novara 1838, vol. 3, pag. 682 — BIONDA, *La giurisprudenza delle servitù prediali,* Torino, 1847, pag. 313 — PASTORE, *Comment.,* Torino, 1839, vol. IV, pag. 169.

Così è manifesto che degli usi locali non si tenne più ragione nell'art. 579, conforme all'albertino (art. 603), sol perchè nè usi locali, nè consuetudini costanti e ricevute o riconosciute si vollero; e soltanto i regolamenti locali si vollero per regola; e in difetto di regolamenti si ammettono le sole distanze designate dal codice.

Gli usi locali per tali distanze non saranno per l'avvenire invocati per le piantagioni. Tale abolizione non è retroattiva, ma obbliga per lo avvenire a grandi mutazioni nelle consuetudini locali per piante e siepi vive e può riuscire dannosa, ove i Comuni non provvedano. Le distanze ora per tutta Italia designate nel codice civile, si potranno spesso e in molte regioni e per molte piante riconoscere inopportune, o contrarie a più utili ed antichi usi locali dell'agricoltura in varie regioni. È mestieri che per pubblica utilità ad evitare ogni controversia ed ogni danno per avvenire i Comuni abbiano cura di ridurre in iscritto i migliori usi locali per convertirli in *regolamento;* talchè serva di norma principale, invece delle sanzioni del codice, destinate a supplire il difetto di regolamenti locali.

II.

Le distanze sono designate secondo le varie piante e perciò si distinsero tutte in tre grandi classi. La prima comprende gli alberi di alto fusto, e tali sono riputati, quanto alle distanze, gli alberi tutti il cui fusto o semplice, o diviso in rami sorge ad altezza notabile; talchè i grandi alberi vi sono tutti compresi: e per cotali alberi non può nascere dubbio di sorta. La legge però volle comprendere in questa classe, quanto alle distanze, alcuni alberi che secondo le leggi forestali o le comuni e volgari denominazioni non sarebbero riconosciuti come di alto fusto. Serve tale indicazione sì perchè vengono annoverati in questa classe quegli alberi, sì perchè i *simili* potessero agevolmente conoscersi per la comparazione con gl'indicati dalla legge e nella stessa classe comprendersi; ancorchè fossero alquanto minori degli alberi che si considerano come di alto fusto. Per i gelsi della China e robinie fu detto esplicitamente che quanto alle distanze, in questa prima classe di grandi alberi si annoverassero.

Sono compresi nelle seconda classe gli alberi di non alto fusto e tali *sono riputati quelli il cui fusto,* sorto a *breve* altezza, si diffonde in rami. Sono designati alquanti alberi, e in generale gli *alberi da frutto*, non compresi nella prima classe degli alberi di alto fusto. Tutti gli alberi il cui fusto non si eleva a notevole altezza, e che sono minori di quelli designati nella prima classe, e che per la condizione loro ed altezza del fusto somigliano a quelli annoverati nella seconda classe, vi sono perciò compresi e distinti dai grandi alberi e dalle piante minori.

Tutte le piante che non possono considerarsi neanco come alberi di basso fusto, sono escluse perciò dalle due prime classi diverse e si comprendono nella terza classe per la minima distanza comune a tutte le piante che non sono alberi. Questa terza classe comprende tutte le piante minori che dalla legge non si designano per alcun carattere o per denominazione generale mentre ciò si fece per le due generali classi di alberi di alto o non alto fusto; talchè per la esclusione degli alberi è designata questa terza classe. Il codice indica soltanto viti, arbusti, siepi vive. Tale indicazione esclude apertamente ogni sorta di alberi, già collocati nelle due prime classi; poichè, esclusi quelli il cui fusto sorge a *breve* altezza, è chiaro che non si vollero in questa classe comprendere le piante che per loro natura o per l'uso diconsi *alberi*, e che invece si limitò questa classe ultima alle piante diverse di qualunque denominazione che non possono dirsi alberi e che neanco sono equiparati ai piccoli alberi da frutto, tutti compresi nella seconda classe, e senza alcuna limitazione. Così la legge mostra di seguire l'uso comune che chiama *alberi* soltanto le piante che hanno un fusto sia di grande o di breve altezza, e poi si diffondono in rami. Designa infatti le viti, e gli arbusti che nessuno comprende fra gli alberi, ancorchè con nome unico e troppo generico si possano dire *alberi* anco gli arboscelli e le piante minori, che abbiano rami e radici anco di piccola dimensione, e che non sieno tenere come ogni erba.

Le romane leggi e gli antichi scrittori diedero il nome generico *arbores* anco alle viti e a tutte le piante che non sieno tanto tenere da aversi solo per erba. Così la pena del taglio di *alberi* si estendeva anco al taglio di piante minori, perchè non rimanesse impunito quel delitto sotto il pretesto del nome. La legge voleva sempre punito il taglio di piante di ogni genere e indicava col nome generico di alberi per tale scopo anco gli umili arboscelli. La denominazione generica di *alberi* è usata dal codice italiano nel principio di questo articolo 579 per designare la distanza delle piantagioni dal confine del vicino; e senza dubbio serve a designare tutte le piante per le quali possa derivare danno al vicino sia per l'ombra o pei rami o per le radici. Tale nome generico di *arbor, arbre, albero,* trovasi pure usato dalle leggi romane e negli statuti sopra indicati e negli articoli dei codici civili di Francia e dei vari Stati italiani, come ora nell'art. 569 si è fatto per tutte le piante nelle siepi comuni o sulla linea di confine, e negli art. 581 e 582 pel taglio di rami o radici e con tale nome di *alberi* non si volle limitare quel diritto ai soli *alberi* che tal nome hanno dai botanici, o dall'uso comune della parola *albero*, e devesi perciò estendere alle varie piante che si diffondono in rami di qualunque specie e che le radici estendono nel fondo vicino. Viti ed arbusti o arboscelli di ogni classe potranno quei danni arrecare; e perchè la legge non riesca inutile limitandola contro

l'aperto suo scopo ai soli e veri alberi, a tutte le piante si deve applicare che hanno radici e rami che possano estendersi nel fondo vicino.

Invece nel solo nome usato prima nelle leggi antiche e moderne, ora con prudente designazione si evita in Francia ogni quistione nella novella riforma che solo la distanza regolava secondo le altezze per *arbres, arbrisseau, arbustes.* Ma questa novità pure esprime il pensiero della riformata legge, che non vuole distinguere gli alberi grandi e piccoli e gli arbusti o arboscelli, se non per la loro altezza, talchè tutte le piante di qualsiasi natura e nome dovranno piantarsi alla distanza maggiore se sono alte due metri, alla minore se a tale altezza non giungono. In Italia però la distinzione del nome è sempre importante, e degli *alberi* si fecero due classi con due distanze diverse; e con gli alberi non si possono confondere per le distanze le piante minori, che quel nome non meritano, che sono *arbusti* o arboscelli e non *alberi.* Il nome di *arbustum* davasi dagli antichi a tutti gli alberi che serviano di sostegno per le viti, e che tal nome di arbusto si aveano ancorchè alla grande e naturale loro altezza pervenivano; essendo il loro nome desunto dall'uso di sostegno cui erano destinati. *Arbustum* dicevasi anco il sito dove erano piantati per ordine tutti quei sostegni per le viti. Nel codice non è dato agli *arbusti* quel latino antico significato: e si vogliono per quel nome denotare le piante minori degli alberi.

La designazione di viti e *arbusti* nella terza classe indica che fu solo destinata alle piante di ogni genere che non hanno il nome ed altezza di albero.

Il codice annovera in questa classe per la minore distanza le *siepi vive,* come aveano già fatto i codici di Francia, di Napoli e Parma; e ad evitare ogni incertezza derivante dalla generica designazione di siepi vive, ha voluto mostrare come quel nome denotasse qualsiasi piantagione fatta presso il confine e destinata per siepe. Dopo questa indicazione generale per le distanze, la legge volle evitare il danno del divieto della piantagione presso il confine dei fondi e fece talune spiegazioni ed eccezioni che vengono a crescere la libertà del padrone del fondo, senza che si arrechi perciò danno al vicino.

Concedesi piena libertà di piantagione sia pei gelsi purchè sieno tenuti nani, sia « per le *piante da frutto,* tenute nane od a spalliera e ad altezza non maggiore di due metri e mezzo ». Si volle prescrivere un'altezza determinata col divieto di tenere le piante ad altezza maggiore; e per tal guisa vennero conciliati i diritti di proprietà dei due vicini, l'uno dei quali vuole secondo il suo utile fare le piantagioni che crede più opportune presso il confine, l'altro vuole evitare nel proprio fondo ogni danno per quelle piante. La designazione dell'altezza serve perciò di norma generale; talchè si permettono tutte le piante da frutto le quali o non giungono a quell'altezza o si tagliano per la parte che

eccede, e si tengono sempre entro tale massima misura di due metri e mezzo.

Il favore meritato dalle piantagioni di alberi o arboscelli fruttiferi e di qualsiasi pianta da frutto fece designare il solo limite dell'altezza; e perciò anche gli alberi fruttiferi che sono compresi nella seconda classe, come alberi di non alto fusto, sono tutti permessi con la condizione di tenersi nani o a spalliera e non più alti di due metri e mezzo. Tali alberi da frutto sono, *come i gelsi*, annoverati nella seconda classe (art. 579, n. 2), e si piantano alla distanza di un metro e mezzo, se vogliono lasciarsi crescere a tutta la loro massima altezza naturale; ma sono permessi alla minima distanza segnata per le piante minori, ove sieno tenuti costantemente ad altezza non maggiore della designata. È questa una savia eccezione la quale non può estendersi agli alberi non fruttiferi, poichè la legge indica quella limitazione per *gelsi*, e piante *da frutto*; e con tale designazione esclude le altre che fra le piante da frutto non si annoverano, e per le quali non eravi ragione di simile eccezione. Non potranno perciò le piante mantenersi quasi piante minori, riducendole alla denotata altezza.

Ogni inconveniente sparisce se i fondi sono separati da un muro proprio o comune e niuna distanza è prescritta per le piante purchè « *sieno tenute in modo da non eccedere l'altezza del muro* ».

Potendo ogni piantagione farsi presso il confine con quelle condizioni di altezza per le piante da frntto, è manifesto che possono servire anco per siepi, se il padrone del fondo le crede opportune; giacchè la legge nol vieta, purchè si conservino la distanza e l'altezza.

Per le siepi vive la legge permise financo la piantagione di alberi di alto fusto, soggetti a periodica recisione vicino al ceppo; e con tale condizione designò la speciale distanza di un metro per le siepi di ontano, castagno o altre simili piante, e di due metri per le robinie. Anche in questa novità è contemperata in certa guisa la distanza e l'altezza; poichè permettesi la piantagione di quegli alberi che periodicamente vicino al ceppo si recidono; e ciò denota che a breve altezza sempre si mantengono secondo l'uso della periodica recisione.

Così tutto venne con massima precisione e chiarezza distinto, e per la regola generale delle distanze e per le eccezioni per ogni maniera di piantagioni.

Per tutte le piante di ogni genere e senza veruna distinzione o eccezione è salvo il diritto al vicino in tutti i casi di evitare i danni dei rami o delle radici che nel suo fondo si estendono. Quando la legge, il regolamento, la consuetudine impediscono al vicino di domandare la estirpazione delle piante, può egli sempre chiedere che sieno tagliati quei rami e può egli stesso tagliare quelle radici che si protendono nel suo fondo. Tale diritto ebbe le sue prime sanzioni nelle leggi romane e

fu poi dalla giurisprudenza ammesso che senza bisogno della dimanda, come nel diritto romano voleasi, il vicino potesse pel solo diritto di proprietà tagliare le radici. Così prescrisse per tutti i casi il codice francese, art. 672, sia antico, sia ora riformato, il codice austriaco § 422 sopra indicato, il codice delle Due Sicilie, art. 593, di Parma 523, del Cantone Ticino 261, albertino 605-666, estense 572, ed ora il codice italiano negli articoli 681-682. Con questo diritto il vicino è salvo da quei danni, e non ha alcuna ragione di chiedere lo svellimento di quelle piante che sieno a legale distanza dal suo fondo, e può solo pretendere che sieno estirpate o svelte le sole piante che si trovino a distanza minore. Tale severità di estirpazione viene ora in termini più regolari limitata; poichè non si ammette neanco ove le piante sieno da frutto e non eccedano la regolare e designata altezza.

Questo sistema adottato dal codice italiano per contemperare i limiti di distanza e di altezza concede ora grande ed utile libertà di piantagioni di piante da frutto, anco per siepi vive; giacchè ogni divieto, non ristretto nei limiti veramente necessari, costituisce un ingiusto danno alla proprietà, ogni servitù che vincola la piantagione deprezia i fondi, e scema la produzione che può ricavarsene, e non si ammettono cotali restrizioni senza una vera necessità. Fu savio pensiero dei moderni questo temperamento che permette le piantagioni a breve distanza dal confine, designando un limite per l'altezza di alberi o piante; e questo pensiero fu accolto nel codice italiano, ed ora si vede con maggiore larghezza seguìto nella recente riforma della legge francese, ed era stato già iniziato (come accennammo) negli antichi statuti italiani.

VITO LA MANTIA

APPENDICE II.

Esame critico degli articoli 584 e 585 del codice civile relativamente ai vani sotterranei

---

I. Elegante questione, grave ed interessante abbastanza per meritare l'attenzione dei giuristi, è quella di sapere se il disposto dall'art. 585 del codice civile sia ovvero non applicabile alle cantine, e simili vani sotterranei. Questione che, surta dal silenzio e dalla oscurità della legge, è stata studiata così nella scuola Francese, che nella scuola Italiana.

Nella scuola Francese la questione fu esaminata in rapporto all'art. 677 del codice Napoleone, corrispondente all'art. 585 del nostro codice, e fu generalmente ritenuto che la disposizione di quell'articolo non fosse applicabile ai vani sotterranei. Pardessus, il più autorevole degli scrittori in materia di servitù prediali, mantenne la comune opinione, ed ecco come egli dice, dopo aver ragionato della regola stabilita nell'art. 677. « L'uso « sembra aver modificato questa regola per gli spiragli, ossia « aperture destinate a dar luce alle cantine; molte non hanno « dal suolo alla volta un'altezza che permetta di osservare la « distanza dell'art. 677. Non ci pare che un vicino, che non ne « soffrisse alcun danno, potrebbe querelarsene » (Trattato delle servitù, n. 210). Il Demolombe seguì la dottrina del Pardessus, ragionando così: due casi possono verificarsi, o lo scavo sotterraneo presenta l'altezza di otto piedi richiesta dall'art. 677 del codice, ovvero un'altezza minore. Nel primo caso si è nei precisi termini dell'articolo e quindi non può sorger dubbio sulla facoltà di aprir le luci; nel secondo caso, non contemplato dalla legge, bisogna applicare i principii generali che conducono a ritenere la facoltà medesima (n. 535).

Appo noi si ritiene generalmente la stessa teoria, e le ragioni sulle quali si poggia sono due: 1.ª la legge parla di pianterreni, o di piani superiori, non mica di vani sotterranei, dunque a questi non torna applicabile la disposizione della legge: 2.ª la legge non poteva privare i vani sotterranei dell'aria e della luce necessaria, ciò che non si otterrebbe ove a detti vani si volesse applicare la disposizione dell'art. 585, mentre per l'impedimento che fa la volta quasi sempre a livello del fondo vicino, non è possibile serbare l'altezza esterna della luce.

Se non che i nostri scrittori non si contentano di ciò, e vanno oltre, sostenendo che ai vani sotterranei non sieno nemmeno completamente applicabili le prescrizioni stabilite dallart. 584. Così il Pacifici-Mazzoni (comm. all'art. 584) opina che possa imporsi una controferriata interna la quale impedisca il troppo avvicinarsi a quella che si trova dalla parte esterna a fior di terra sul suolo del vicino. Il Borsari (comm. agli articoli 584 e 585) vuole che la facoltà di aprir le luci nel sotterraneo debba conciliarsi col sistema del codice, onde non avvenga una strana anomalia. Richiede in primo luogo che sia constatata la necessità di aprir le luci sul fondo vicino, necessità che allora si verifica quante volte il sotterraneo non possa ricevere l'aria e la luce necessaria dagli altri lati, e sul fondo dello stesso proprietario. In secondo luogo, sorgendo controversia fra i proprietarii, l'autore concede al magistrato un ampio potere discrezionale, usando del quale egli può provvedere a che il sotterraneo si abbia l'aria e la luce senza che dall'interno si possa portare lo sguardo sul fondo del vicino, o nuocergli in altro modo; e così potrà eziandio ordinare inferriate, precisando il punto dove collocarle, o disponendo che sien raddoppiate.

A simili teorie si oppone il Ricci (vol. 2, n. 362) il quale, pure augurando una modificazione al sistema del codice, sostiene la rigorosa applicabilità degli articoli 584 e 585, a qualunque specie di vani sotteranei, e cerca assegnare le migliori ragioni della sua dottrina, ricavandole dalla parola e dallo spirito della legge. Dice che l'avverbio *sempre* usato nell'art. 585 è comprensivo di qualunque caso, per guisa che non sia esatto il dire che la legge non abbia contemplato gli scavi sotterranei: che la ragione determinante dell'art. 585 ricorre anche a riguardo dei vani sotterranei ai quali per conseguenza deve applicarsi la stessa disposizione legislativa: che trattandosi di vani sotterranei la luce e l'aria non sono elementi assolutamente necessarii, e che se la legge non li ha concessi ai pianterreni, nè ai piani superiori, non può ritenersi che dessa li abbia concessi ai sotterranei: che il riflesso trattarsi di piccole luci o spiragli non è una buona ragione in contrario, mentre il più ed il meno non alterano la natura delle cose, e d'altronde sull'avvisato riflesso converrebbe estendere la teorica contraria anche ai piani superiori, il che indurrebbe l'arbitrio del giudice, e la modificabilità dell'art. 585, il cui disposto è imperativo ed assoluto.

Prospettato così lo stato presente della questione, veniamo ora ad esaminarla, e risolverla secondo i veri principii del Diritto civile patrio. In ciò seguiremo l'opinione del Ricci, ma ci studieremo di trovarne le vere ragioni, mentre ne sembra che quelle recate dall'illustre scrittore non sieno così valide da sorreggere la teorica, il che apparirà manifesto nel corso dei nostri ragionamenti. Facciamoci daccapo, ritornando alla scuola Francese donde siam partiti.

Quale era il fondamento della teorica prevalsa in quella scuola? Quale il punto di partenza donde mossero gli scrittori nell'insegnarla? Il Pardessus, come si è visto, poggia la dottrina sull'uso generalmente invalso di aprire le luci nei sotterranei, e sul principio che il vicino non risente alcun danno dall'apertura di quelle luci, perlocchè costui non ha ragion plausibile di opporsi. Ora in ordine all'uso invalso di aprire le luci nei sotterranei, potrebbe forse quest'uso essere un valido e ragionevole fondamento giuridico per ritenere l'inapplicabilità dell'art. 677 ai vani sotterranei? E non potrebbe invece quell'uso esser del tutto arbitrario ed illegale come introdotto in dispregio della legge? Ed un uso cosiffatto potrebbe per sè stesso indurre una modificazione nella legge? Ci sembra per ciò che la teorica del Pardessus conduca in ultimo risultamento a sanzionare un principio ripudiato dal diritto moderno, quello cioè di attribuire forza di legge alla consuetudine. Nè a giustificare quest'uso e attribuirgli la virtù di modificare la legge giova il dire che tale uso è autorizzato dal fatto che molti sotterranei non hanno dal suolo alla volta un'altezza che permetta di osservare la distanza voluta dall'art. 677. Imperochè siffatta impossibilità, se è una giusta ragione per augurare un emen-

damento alla legge scritta, non lo è del pari per autorizzare l'interprete a ritenerne la inapplicabilità: se è impossibile a riguardo dei sotterranei l'osservanza della distanza legale delle luci, ciò importa soltanto che queste luci non possano legalmente aprirsi nei sotterranei. Da ciò discende che l'uso generale invalso in contrario non ha alcun valore giuridico, costituendo un abuso. Ma alla fin fine di che trattasi nella presente discettazione? trattasi di interpretare il disposto dell'art. 677, per vedere se desso sia applicabile o meno ai vani sotterranei: or la legge non s'interpreta che mercè la esatta applicazione dei canoni dell'ermeneutica legale, e noi non sappiamo che l'uso prevalso a proposito di una legge, questo fatto che sta fuori la legge e le intenzioni del legislatote, abbia mai costituito un canone di ermeneutica legale. Un dilemma ci sembra perciò evidente: o la regola sancita dall'art. 677 è di sua natura inapplicabile ai sotterranei, o è ad essi applicabile. Nel primo caso è ozioso invocare l'uso prevalso di aprir luci nei sotterranei senza l'osservanza della distanza legale come ragione dell'inapplicabilità; nel secondo caso è inutile il farvi ricorso per dedurne la inapplicabilità dell'avvisata regola, avvegnachè non sia dubbio che l'uso contrario alla legge non vale ad abrogarla o modificarla. Dunque in ogni caso l'uso, di cui ragioniamo, resta un elemento estraneo, indifferente, e perciò inattendibile per la esatta intelligenza dell'art. 677.

In quanto poi al nessun danno del vicino, è egli vero innanzi tutto che il vicino non risenta danno alcuno dall'apertura delle luci senza l'osservanza della distanza legale? Non ci pare veramente, dappoichè la mançaza della distanza legale rende possibile al proprietario del sotterraneo di immettere il guardo od il braccio attraverso la luce sul fondo del vicino, e tale soggezione cui il vicino viene ad essere esposto, costituisce il danno, che l'art. 677 ha inteso di eliminare. Sarà un danno di poco rilievo, trattandosi di piccole luci o spiragli, ma il più ed il meno non variano l'applicazione della legge quando questa non distingue. Parrebbe poi, secondo l'avviso del Pardessus, che la sua teorica dovesse applicarsi nei soli casi in cui non si venisse a recar danno al vicino coll'apertura delle luci: ciò induce l'arbitrio del magistrato, la subordinazione alle circostanze di fatto del disposto racchiuso nell'art. 677, il quale invece è generale ed assoluto o rifugge da qualunque distinzione. Dunque neanche la mancanza del danno, supposto che sia vera, riesce a darsi una ragione legittima dell'inapplicabilità dell'art. 677 ai vani sotterranei.

In conclusione di quanto fin'ora si è detto, riteniamo che tutto il fondamento rassegnato dal Pardessus alla sua teorica, considerato nel suo triplice elemento, non abbia sussistenza di sorta.

Se consultiamo il Demolombe, la ragione della teoria starebbe nell'applicabilità del principio generale del diritto al caso

della quistione non contemplato dalla legge. Il principio generale sarebbe evidentemente quello che la proprietà è il diritto di disporre nella maniera più assoluta della cosa propria, e che però, cessato il divieto della legge, il proprietario è in piena facoltà di aprir luci e finestre in ogni muro del suo edifizio, e nel modo che meglio gli talenti. Ciò è legalmente vero in generale, ma non basta l'enunciazione di quel principio a costituire il fondamento della teoria ritenuta dal Demolombe perciocchè tutto l'assorbente della questione consiste sempre nel dimostrare direttamente come in rapporto ai vani sotterranei, non contemplati dalla legge, cessi il divieto apportato dall'articolo 677, e ritorni in vigore il principio generale. Laonde nel sistema di Demolombe la tesi della scuola Francese ci apparisce sfornita di ogni giustificazione scientifica.

Il fondamento vero, il vero punto di partenza della teorica in esame noi crediamo di scorgerlo nel tenore dell'articolo 677 del codice francese così concepito. « Queste finestre o luci non si possono collocare a minore altezza di ventisei decimetri, otto piedi al disopra del pavimento, o suolo della camera che si vuole illuminare, se questa è al pianterreno, e di diciannove decimetri, sei piedi, al disopra del pavimento, se questa è nei piani superiori ». Qui l'articolo finiva, e non vi si leggeva l'aggiunta che oggi leggiamo nel capoverso dell'art. 585 del nostro codice. Ora, stando ai precisi termini dell'art, 677, era generalmente ritenuto nella scuola e nella giurisprudenza che la distanza di otto piedi dovesse misurarsi unicamente dalla parte interna della camera che voleasi illuminare, qualunque per conseguenza fosse per essere la distanza in cui la luce aperta venisse a trovarsi dalla parte esterna prospiciente il fondo vicino. Non mancò, egli è vero, qualche scrittore, come il Favard, il Toulier, il quale cercasse di recare in mezzo l'opposta tesi, ma fu vano sforzo perduto nella opinione universalmente contraria, e pienamente conforme, ci pare, al testo della legge.

Stando così le cose, era logico, era legale il ritenere la facoltà di aprir le luci nei vani sotterranei, imperocchè, avendo questi per l'ordinario l'altezza superiore a quella dell'uomo, e agli otto piedi voluti dalla legge, l'apertura delle luci all'alta sommità dello scavo rientrava nei precici termini dell'art. 677, mentre nulla rilevava che la luce venisse a trovarsi dalla parte esterna prospiciente il fondo contiguo a flor di terra, anzichè all'altezza di otto piedi. Eppure sarebbe rimasta sempre insoluta la quistione pel caso eccezionale che il sotterraneo non presentasse l'altezza di otto piedi, nel qual caso, contrariamente all'avviso del Demolombe, ci sembra che l'art. 677 mal si prestasse ad una interpretazione restrittiva.

Ma checchè di ciò sia, e senza volere approfondire la questione in un diritto che non ci appartiene, certa cosa è che il sistema di misurare la distanza per l'apertura delle luci nei pianterreni è immutato nel diritto patrio. L'art. 677 del codice fran-

cese è stato ritenuto, meno per la misura dell'altezza oggi ridotta a due metri e mezzo: se non che il nostro art. 585, seguendo le orme dell'art. 609 del codice albertino, soggiunge nel suo capoverso — l'altezza di due metri e mezzo dal suolo deve sempre osservarsi anche dalla parte che ha sguardo sul fondo vicino. — Così si è venuti a ripudiare la dottrina prevalsa in Francia circa il misurare la distanza dalla sola parte interna del luogo illuminato, e si è invece ritenuta la teoria del Favard e del Toullier.

Codesto mutamento di sistema ci pare non permetta più per la risoluzione della quistione che ne occupa, di appoggiarsi agli scrittori francesi, e decida la quistione medesima nel senso che stiamo propugnando, risultandone vero che i vani sotterranei sono stati implicitamente compresi nella disposizione generale dell'art. 585. E valga la verità.

Quale è lo scopo speciale della nuova disposizione consacrata nel capoverso dell'art. 585? È noto che la linea visuale tanto più si allontana dal suolo su cui cade, quanto più alto è il punto da cui si guarda, per guisa che la maggior altezza di una luce dà all'angolo visivo una direzione che lo allontana dalla perpendicolare in ragion diretta di essa altezza. Or lo scopo cui tende la disposizione legislativa in esame risulta da siffatto principio combinato con una speciale ipotesi che può verificarsi circa il livello dei due fondi contigui a pianterreno. Tre ipotesi possono farsi: o che i fondi contigui presentino uno stesso livello, o che il fondo da illuminare abbia un livello superiore a quello del fondo vicino, ovvero che abbia un livello inferiore. Nella prima e seconda ipotesi non vi può essere difficoltà nel calcolare la distanza legale, la quale misurata dal suolo del luogo che si vuole illuminare, si riscontrerà sempre dalla parte interna, che dalla parte esterna del luogo illuminato, e per queste due ipotesi basta quindi la prima parte dell'art. 585. Nella terza ipotesi invece la cosa procede ben diversamente. Supposto infatti che il livello del suolo del luogo da illuminare sia inferiore al livello del fondo vicino, la distanza legale che si misurasse soltanto dalla parte interna, non starebbe egualmente dalla parte esterna, e ciò violerebbe il principio informatore della legge, risultando aumentata la linea visuale sul fondo vicino. Perchè dunque quel principio sia mantenuto, nè però venga ad essere frustrato lo scopo della legge, perchè non sia in altri termini aumentata la linea visuale nella terza ipotesi dianzi figurata, è sancita la disposizione del capoverso dell'art. 585.

Premesso ciò, supponete che il livello della camera da illuminare sia inferiore di un metro a quello del fondo contiguo: in tal caso il capoverso dell'art. 585 spiega tutto il suo vigore, e per conseguenza i due metri e mezzo dovranno misurarsi dal suolo del fondo contiguo, risultando così dalla parte interna un'altezza di tre metri e mezzo. Supponete che la differenza di

livello sia di un metro e mezzo, applicherete la stessa disposizione di legge, col che l'altezza interna della luce risulterà di quattro metri. E così supponendo una maggior differenza di livello, siamo tuttavia nei precisi termini del capoverso dell'articolo 585 colla sola variante dell'altezza interna della luce, la quale altezza aumenta in ragion diretta della differenza di livello. Ce ne convince la parola *sempre* adoperata nel capoverso dell'articolo in esame, la quale parola sta precisamente ad indicare che il disposto della legge si applica in ogni caso, qualunque siasi la differenza di livello fra i due fondi.

Messi pertanto su questa via, allorchè sarete giunti a supporre una differenza di livello di quattro o cinque metri, o più se vi piace, voi vi troverete senza neppur volerlo, dinanzi al vano sotterraneo, il quale altro non è se non la differenza più o meno sensibile del livello inferiore del fondo da illuminare rispetto al livello superiore del fondo vicino, ovvero, se così vuolsi, l'ultimo stadio di questa differenza di livello. Per siffatta guisa senza sforzo veruno, ma sol seguendo lo svolgimento logico del pensiero legislativo che domina il capoverso dell'articolo 585, si diviene come a final risultamento di quel pensiero alla conclusione legittima che i vani sotterranei sono stati implicitamente compresi nel capoverso dell'articolo surripetuto. Ed ecco così scalzata la prima delle due ragioni su cui la scuola Italiana poggia la contraria dottrina.

Quanto alla seconda ragione, che cioè l'applicabilità dell'articolo 585 ai vani sotterranei riesce a privare i sotterranei medesimi della luce e dell'aria nesessaria, per l'impossibilità di serbare l'altezza esterna della luce, noi riconosciamo vera siffatta conseguenza. Ma è forse dato all'interprete, sulla base anche di giuste ragioni, distruggere la legge scritta, scuotere un sistema legislativo? La ragione invocata dagli avversari è ben grave per riconoscere la necessità di modificare il sistema legislativo, e di ciò ci occuperemo fra breve, ma essa è assolutamente priva di valore per giustificare la dottrina contraria. Dessa infatti riducesi ad una argomentazione *ex absurdis:* ora di questa specie di argomentazioni bisogna molto diffidare in generale, come quelle che ordinariamente o si convertono in una di quelle dimostrazioni che per provar troppo non provano niente o danno nel vago e nell'indeterminato. In diritto positivo poi riteniamo per fermo che allora solamente l'argomentazione *ex absurdis* assume un valore scientifico, quando le conseguenze della dottrina contraria, le quali essa è diretta a dimostrare assurde, si oppongono manifestamente o ad un testo esplicito di legge, ovvero ad un principio di diritto riconosciuto ed evidente. Or bene a qual testo di legge, a qual principio di diritto si oppone mai la conseguenza della nostra teorica, consistente nella impossibilità di aprir le luci nei vani sotterranei, e nella privazione che gli stessi vengono a subire dell'aria e della luce? Non solo manca un testo di legge, od un principio

di diritto sul proposito, ma vi è, come innanzi si è dimostrato, il testo dell'articolo 585, ed il principio informatore dello stesso, che appoggiano la nostra teorica, e la conseguenza che ne promana. Solo vi è un principio di ragion generale desunto, come vedremo, dalle esigenze dell'industria e del commercio, ed appoggiato a stretta logica legale, pel qual principio si appalesa la facoltà di aprir luci nei sotterrani senza l'osservanza della misura legale; ma la forza di cotal principio, ripetiamo, si risolve tutta nella opportunità di modificare la legge in un senso conforme alla logica del diritto ed alle esigenze dell'industria e del commercio, ma non può mai spingersi fino al punto di rendere inapplicabile un sistema legislativo in vigore. L'applicazione di questo sistema si svolgerà bensì in opposizione dell'avvisato principio, ma cosiffatte opposizioni non sono nuove in diritto civile, e non è che il legislatore, giammai l'interprete, che può rimuoverle. È uno dei casi, in cui l'interprete non può che dire: *dura lex, sed ita scripta est.*

Vinte così le ragioni su cui è basata la dottrina dei nostri avversari, questa si appalesa falsissima nella sua sostanza. Ma non men falsa essa ci sembra anche nelle parti accessorie, val quanto dire in quelle modificazioni e condizioni che vi si sono venute apponendo, le quali, sia detto con tutto il rispetto ai nostri scrittori, ci paiono introdotte con grande arbitrio, e senza fondamento legale.

Che cosa infatti sarebbe quella inferriata interna consigliata dal Mazzoni? L'art. 584 non ne prescrive che una sola, onde richiederne una seconda è aggiungere alla legge.

Per ciò che concerne le condizioni imposte dal Borsari, quella di constatare la necessità delle luci, è una condizione non richiesta dalla legge. Quando il legislatore fa della necessità una condizione essenziale per l'esercizio di un diritto o per la imposizione di una servitù, ha avuto cura di dichiararlo espressamente, siccome ha fatto per la servitù di passaggio e per quella di acquedotto. Per converso l'art. 584 non sottordina ad alcuna necessità l'apertura delle luci: queste per conseguenza possono aprirsi anche quando il luogo che si vuole illuminare sia in condizione di ricevere l'aria e la luce da altri fondi dello stesso proprietario. Nè, ricorrendo ai principii, si riesce a trovare una ragione plausibile della condizione imposta dal Borsari. Per fermo: l'apertura delle luci a tenore degli articoli 584 e 585 non costituisce una servitù, ma rientra nel libero esercizio del diritto di proprietà, mentre la servitù comincia dal momento in cui la luce sia aperta in contraddizione degli articoli succitati. Ciò posto, sarebbe mai ragionevole l'imporre la necessità come condizione all'esercizio del diritto di proprietà? Più arbitrario e più illegale è poi quel potere discrezionale che il Borsari concede al magistrato nel regolare l'apertura delle luci nei cavi sotterranei. Le condizioni alle quali è sottoposto il diritto di aprir le luci sono tassativamente stabilite dalla

legge, nè possono variarsi od aumentarsi senza violare il diritto di proprietà, cui si verrebbero ad imporre diversi o maggiori limiti di quelli già imposti dal legislatore, e senza sostituire al volere della legge il proprio arbitrio.

II. Il sistema del nostro codice, i principii informatori di questo sistema ci han dimostrata finora la piena applicabilità degli articoli 584 e 585 ai vani sotterranei. Ma noi, riconoscendo inesatto il sistema legislativo, facciamo voti perchè in una revisione avvenire del nostro codice quel sistema venga ad essere modificato in rapporto a' vani sotterranei, ed ecco in quali sensi.

Noi vorremmo innanzi tutto che fosse abolita l'altezza legale per i seguenti motivi. Quale è la ragione per cui la legge ha stabilita la misura dell'altezza nell'apertura delle luci? È questa: che l'uomo non abbia modo di insinuare il guardo indiscreto sul fondo del vicino, protendervi il corpo od il braccio, o gittarvi alcuna cosa. Siamo d'accordo cogli scrittori, ma bisogna riflettere e distinguere. Il fatto dell'uomo che la legge ha voluto evitare, può verificarsi in duplice maniera: o naturalmente, ed è quando l'uomo insinua il guardo od il braccio attraverso la finestra stando coi piedi poggiati sul suolo, ed avendo la finestra a portata della sua persona, o artificialmente, ed è quando l'uomo introduce il guardo od il braccio attraverso la finestra, salendo su di una scala, un'impalcatura, o altro simile manufatto per giungere alla finestra che è alta, e fuori la sua portata. Questo secondo modo non ha potuto essere lo scopo dell'articolo 585, imperocchè è chiaro che qualunque altezza si fosse prescritta, anche superiore di molto ai due metri e mezzo, non si sarebbe riuscito ad impedire quel fatto, e però non è dato supporre che il legislatore abbia adottato un mezzo inetto a raggiungere lo scopo che si fosse proposto. Questo secondo modo invece è lo scopo dell'art. 584, mentre le precauzioni con questo articolo adottate ben riescono al conseguimento di quel fine. Scopo pertanto dell'art. 585 è di impedire il fatto dell'uomo che naturalmente introduce il guardo od il braccio attraverso la finestra. Ma questo fatto è desso possibile là dove si tratta di vani sotterranei? Non ci pare, pel motivo che l'altezza del sotterraneo è per l'ordinario alquanto superiore a quella dell'uomo: e poichè la luce non si apre che alla sommità dello scavo, così riesce impossibile all'uomo, stando coi piedi fermi sul suolo, di compiere il fatto in discorso. Ora non concorrendo la ragione dell'art. 585 a riguardo dei vani sotterranei, deve per principio di diritto cessare la disposizione dell'articolo.

Vero è che il contrario si verificherebbe nel caso in cui l'altezza dei sotterranei non sorpassi quella dell'uomo, ma è da por mente che la legge provvede per la generalità dei casi, e non mica pei casi rari fra i quali è da annoverare quello testè supposto.

Questo per quanto riguarda l'altezza delle luci misurata dalla parte interna del sotterraneo. Per quel che attiene poi all'altezza di dette luci misurata dalla parte esterna, egli è vero che trovandosi la volta dei vani sotterranei pressochè a livello del fondo vicino, vien quasi sempre a mancare l'altezza legale. È da rimarcare però che in fatto di vani soterranei trattasi ordinariamente di piccole luci o spiragli, muniti anche, come diremo, di inferriate fisse a strette maglie, e non di luci che possono assumere notevole proporzione, come nei pianterreni o piani superiori pei quali la legge non ha stabilita alcuna misura. Or l'angusta dimensione degli spiragli e la inferriata di cui deggiono esser muniti riescono, se non del tutto, almeno in massima parte, allo stesso scopo cui tende il capoverso dell'art. 585, scemando la visuale sul fondo vicino tanto che basta per ritenere insignificante l'incomodo che ne deriva al vicino, tenuto anche conto che trattasi di camere non abitate e non abitabili. Se così stanno le cose, ci sembra che anche a riguardo dell'altezza esterna delle luci nei sotterranei venga meno la ragione determinante del capoverso dell'articolo 585, e con essa conseguentemente la opportunità di una simile disposizione.

Con un sistema contrario, quale è quello presentemente in vigore, i sotterranei finiscono per essere privati d'aria e di luce. Ma la luce e l'aria sono elementi necessari a mantenere in buone condizioni igieniche i vani sotterranei, è necessaria alla conservazione dei vini, dei liquori, e di qualsiasi altra materia che i sotterranei son destinati a contenere. Dunque una ragione di convenienza, o meglio l'interesse della industria e del commercio viene non ultimo a reclamare l'inapplicabilità dell'articolo 585.

Inoltre noi vorremmo che fosse abolito l'obbligo di munire gli spiragli di telaio ad invetriata fissa. Abbiamo detto che l'aria e la luce sono elementi necessari ai cavi sotterranei: ora è a considerare che ordinariamente questi vani sotterranei non si trovano in condizione di ricevere aria e luce altrimenti che mercè l'apertura di uno spiraglio sul fondo del vicino, e che questo spiraglio non può praticarsi molto largo per l'impedimento che fa la volta del sotterraneo. Ciò posto, una invetriata fissa collocata presso allo spiraglio se non toglie del tutto, diminuisce di molto la luce e l'aria specialmente, luce ed aria che son già ben poca cosa nei sotterranei, costrette come sono a passare per una angusta apertura. Si lasci dunque in arbitrio del proprietario di imporre una invetriata mobile girante nell'interno: così egli potrà tenerla chiusa, ed impedire che le acque della superficie del fondo vicino s'intromettano nel sotterraneo, e potrà tenerla aperta affin di permettere il libero passaggio all'aria ed alla luce. In questo secondo caso, girando la invetriata nell'interno, il vicino non viene a risentirep que danno, o quell'incomodo che deriva sempre dall'occuare lol

spazio e l'aria nell'altrui fondo colla immissione o sporgenza di alcuna opera.

Noi vogliamo poi che sia mantenuta la prescrizione della grata di ferro tal quale dalla legge è stabilita: prima perchè questa inferriata scompagnata dal telaio ad invetriata fissa non impedisce il libero passaggio dell'aria e della luce, secondariamente perchè dessa è necessaria per impedire al proprietario del sotterraneo di salire alla finestra e protendere il braccio e libero il guardo sul fondo del vicino.

Noi dunque desidereremmo di veder aggiunto dopo l'art. 585 del nostro codice un novello articolo relativo ai vani sotterranei concepito presso a poco nei seguenti termini: « Trattandosi di cantine, o simili vani sotterranei, destinati a conservare vini, liquori, ed altre materie analoghe, cessano di essere applicabili le disposizioni dei due articoli precedenti, fermo soltanto nel proprietario l'obbligo di munire le luci di una grata di ferro a termini del capoverso primo dell'art. 584 ».

Avv. Francesco Ciaburri.

APPENDICE III.

Sulla servitù di stillicidio

Egli non si può dubitare che la servitù di stillicidio nell'attuale legislazione abbia perduto della sua primitiva importanza e non goda d'alcun favore segnalato della legge (art. 591 cod. civ.). Di che veramente si ha a rallegrare non meno l'*igiene* e l'*edilizia* che la *giurisprudenza;* sì perchè coll'impedirla è meglio provveduto alla salubrità pubblica, alla bellezza e al decoro dei privati edifizi; sì perchè è giusto che il proprietario di qual si sia fondo rechi il minore incomodo possibile al proprietario del fondo vicino. Tuttavia si potrebbe affermare che dal novero delle servitù prediali ed urbane venga ad essere totalmente cancellata ai nostri tempi la servitù di stillicidio? L'obbligo fatto ai proprietari di procurare lo scolo delle acque piovane dai tetti de' loro edifizi verso il proprio suolo sottostante risale storicamente alla disposizione del codice civile napoleonico (art. 681). Ma in Italia, ove quel codice ebbe vigore, e anche cessato il suo vigore continuò ad esercitare influenza pressochè generale non ostante la disgregazione dei vecchi Stati, vi hanno case e palagi fondati da tempi ben anteriori e che

attingono dall'antichità e dall'arte tutto il loro pregio, i quali godono della servitù *stillicidii immittendi* dalla data della fondazione loro. Per quanto il secolo inclini a mutazioni e sia più mosso dall'utile che dal bello a novità, è certo che i diritti quesiti vogliono essere religiosamente conservati, custoditi e colui che eserciti una servitù di stillicidio ha ragione di essere in quella mantenuto e difeso. Ma questo diritto è invariabile, inflessibile nel suo esercizio, o può ricevere temperamenti? Tizio, ad esempio, gode *ab immemorabili* il vantaggio di far colare le acque piovane dal tetto della sua casa nel suolo del fondo attiguo appartenente a Sempronio. Questi che soffre la servitù di stillicidio in benefizio dell'altro è tenuto a serbare intatto lo stato del luogo ove riceve lo stillicidio, in guisa che non possa farvi mutazioni, o può mutare purchè non pregiudichi allo stillicidio? È d'uopo farsi alla ragione dell'antica giurisprudenza per rispondere al quesito. Essa considera, e con gran fondamento, come *quasi continue* le servitù di stillicidio; poichè sebbene non si verifichi fisicamente che le acque piovane scorrano del continuo dal tetto del fondo dominante verso il suolo sottoposto, nondimeno ciò potrebbe alcune volte accadere per lungo o poco interrotto spazio di tempo: laonde il proprietario del suolo medesimo che riceve lo stillicidio ha a riguardare in certo modo al continuo possesso che il padrone del fondo dominante esercita sul fondo serviente in rispetto allo stillicidio stesso. La legge 19 *de serv. urb. praed.*, lib. VIII, tit. II è chiara su tale proposito e convien riferirla. « Servi-« tutes quae in superficie consistunt possessione retinentur. « Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum « habuero, hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo « habendi consuetudinem. Idem eveniet et si moenianum in tuum « immissum habuero, aut stillicidium in tuum proiecero: quia « in tuo aliquid utor, et sic quasi facto quodam possideo ». Anzi questo frammento di Paolo, che contempla non solo la servitù di stillicidio, ma anche tutte le altre servitù che nella superficie consistono, in quanto esse sono ritenute pel continuo possesso, arguisce un notevole progresso nella storia di essa antica giurisprudenza, un solenne e magnifico esplicamento della scuola classica romana.

In effetti basti ricordare che, secondo le fonti del gius primigenio tutte le specie di servitù *reali* (tra cui va annoverata quella di stillicidio) si consideravano come cose *incorporali* e conseguentemente non capaci di acquisto per continuazione di possesso. Ogni servitù di cotale specie non era che una qualità, un accidente del fondo, e però induceva certa relazione giuridica tra i proprietari dei due fondi, che non si poteva confondere col subbietto della servitù nè incorporavasi con questo medesimo. Sicchè dicevasi appartenere al novero delle cose *incorporali quae tangi non possunt:* quali sono tutte quelle che in un diritto consistono, come l'eredità, l'usufrutto, le obbligazioni,

e somiglianti. Di che la ragione non potrebbe forse desumersi che dalla stoica filosofia, tanto stata in uso appo i Romani, e la quale riduceva ogni senso al tatto, definiva corpo tutto quello che si può toccare, e sentenziava che le sole cose corporali sussistono, le altre s'intendono: e quelle appellava cose, questi diritti, ragioni, *jura* (Sen., *Epist. 106* — Cic., *Top. C. 5* — Quintil. *L. 5* — *Inst. C. 10*). Onde venne ab antico l'assioma: *servitutes nec in bonis, nec extra bona esse.* Pertanto non è a maravigliare che tutti gli effetti del diritto *civile possessorio* non avessero luogo riguardo alla preallegata specie di servitù.

Se non che dietro le riferite parole di Paolo non sarebbe lecito dubitare delle mutate condizioni del diritto antico, e disconoscere l'applicazione dei principii di ragion possessoria alla materia delle servitù reali. Chè da quelle espressioni letterali *in tuo aliquid utor,* emerge, a nostro avviso, la sanzione d'un vero diritto *in re,* cui il padrone del fondo dominante esercita a sua utilità e comodo sul fondo serviente, di guisa che quanto al soggetto della servitù, v. g. di stillicidio, come è cenno, ei gode *corporalis rei dominio,* e riman costituito nella pienezza del giure possessorio. Per fermo, nessuno potrebbe contestargli la ragion di possesso naturale suffragata dalle istoriali formole giuridiche, « tenere, naturaliter possidere, esse in possessione, corporaliter possidere ».

E però s'ei venisse espulso con violenza dal possesso, o turbato, avrebbe diritto di respingere colla forza il turbatore (*L. 5* § *9* h. D. *op. nov. nunc*). Secondamente, non gli si potrebbe negare il possesso *giuridico civile* che dà luogo agli interdetti *uti possidetis e unde vi* (*L. 5* § *44* § *de vi et vi arm.* § *5. Inst. Leg. 1 ff.* § *89 uti possidetis* — *Leg. unic. Cod. uti possidetis*).

Per lo che si deduce assai logicamente secondo il gius rigoroso comune non potersi nè doversi innovare in alcun modo l'uso delle servitù reali dal proprietario del fondo serviente a danno del dominante, e innovandosi, le sanzioni introdotte dalla giurisprudenza a costui benefizio e vantaggio dover ricevere pienissima applicazione. Perciò la servitù medesima di stillicidio aversi a ritenere invariabile, immutabile, perpetuamente, nel suo stato. Che se fosse capace di alcun temperamento questa cotale illazione, esso non potrebbe apprendersi che da un altro frammento di Paolo: « Qui in area in qua stillicidium cadit « aedificat, usque ad eum locum producere aedificium potest « unde stillicidium cadit. Sed si in aedificio cadit stillicidium, « supra aedificare ei conceditur: dum tamen stillicidium recte recipiatur »; (*ff. de serv. urb. praed. Leg. 19* § *5*). Donde si rileva come il padrone del fondo obbligato a ricevere lo stillicidio possa ivi edificare purchè non impedisca la debita servitù.

Certo il giureconsulto considerò che ad una servitù di stillicidio può tornare innocuo l'alzamento d'un edifizio: bastando

che le acque scorrano dal fondo dominante verso qualunque parte o lato del fondo serviente e che l'altro non ne patisca danno alcuno. Per lo che, secondando l'indole sobria e liberale della Scuola, temperò magistralmente il principio rigoroso del diritto: e in sì fatto temperamento sta la più chiara risposta che possa darsi al proposto quesito.

Avv. Emmanuele Lagomaggiore.

APPENDICE IV.

Della servitù di non deviare lo stillicidio

(Stillicidii non avertendi).

Sommario.

1.° Genesi razionale e storica della servitù *stillicidii non avertendi* — 2.° Obbietto — 3.° Caratteri — 4.° Rapporti — 5.° Modi di acquisto — Qual'è il criterio regolatore per conoscere se la servitù che si è acquistata per prescrizione sia attiva o passiva — 7.° Effetti, ossia dei diritti, degli obblighi e delle azioni da essa servitù risultanti a pro e contro i proprietari dei due fondi, dominante e servente. Quistioni varie. — 8.° Dei modi di estensione — Conchiusione.

1.° L'immensa utilità che si ritrae dalle acque piovane nelle regioni in cui scarseggiano quelle sorgive, non solo per il soddisfacimento dei bisogni naturali dell'uomo, ma ancora per i vantaggi dell'agricoltura e dell'industria, ha dato origine alla costituzione della servitù, di cui ci stiamo occupando, cioè di quella di non deviare dal fondo del vicino lo stillicidio del proprio edifizio (*stillicidii non avertendi*). E in verità, di essa potremo servirci per riempire una cisterna, da cui attingere l'acqua per i bisogni della nostra casa, per riempire delle vasche destinate all'irrigazione del nostro giardino o a dare movimento ad una macchina a vapore. Questo vero fu riconosciuto dai dottori dell'antica giurisprudenza. Così il Voet: *Pro diversa conditione regionis siccae atque torridae, vel ex adverso aquosae proque aquarum copia vel inopia ibidem reperta; jus recipiendi, avertendi vel non avertendi stillicidii, fluminis in aedes*

aut caveam ex vicinorum usu ac utilitale costitui posse, dubium non est (*Commentarium ad Pandectas,* t. I, pag. 288, n. 13).

Il diritto romano che parve acconcio ad ogni condizione di Stati e di popoli riconobbe questa servitù nella legge 2, D. *De servit. praed. urban.* La quale venne di poi attuata in quei paesi nei quali sentivasi il bisogno di tale servitù, ed avevano impero le leggi di Roma.

Fra i codici moderni, il solo austriaco, per quanto io mi sappia, contiene delle disposizioni concernenti la servitù in disamina. Tutti gli altri codici compreso l'italiano nell'articolo 591, si sono limitati a questa disposizione; cioè che ogni proprietario deve costruire i tetti del suo edifizio in maniera, che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica in conformità ai particolari regolamenti, e non può farle cadere nel fondo del vicino. Questo disposto legislativo fu dettato per la stessa ragione che informa tutte le altre riguardanti le servitù legali per recare un temperamento al diritto assoluto di proprietà, affine nella specie di esonerare dall'aggravio dello stillicidio il fondo del vicino. Tutte le altre soggezioni fondiarie cui può essere obbietto lo stillicidio furono lasciate al demanio della nostra libertà. Tali sono le servitù *stillicidii vel fluminis recipiendi,* e la servitù *stillicidii vel fluminis non avertendi.* La prima consiste nel diritto di versare le acque piovane che scorrano dal tetto del nostro caseggiato nel fondo del vicino; e l'altro è il diritto di fare cadere nel nostro fondo lo stillicidio della casa del nostro vicino, e a poterlo costringere di non deviarlo altrove. Quella è a vantaggio del proprietario dell'edifizio, questa è per l'utilità esclusiva del fondo vicino. E tanto l'una che l'altra possono costituirsi in virtù della disposizione dell'art. 616 codice civile, così concepito: « I proprietari possono stabilire sopra i loro fondi ed a « beneficio di essi qualunque servitù, purchè sia solamente « imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo, e non « sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico ». Or le servitù enunciate non costituiscono un peso su di un fondo a pro di una persona, ma a vantaggio di un altro fondo; nè sono contrarie all'ordine pubblico e ai buoni costumi.

2.° Fra gli interpreti del diritto romano si è disputato sull'obbietto della servitù *stillicidii non avertendi.* Alcuni hanno opinato che essa consista nella liberazione della servitù *stillicidii vel fluminis recipiendi,* di cui un fondo era gravato antecedentemente, di maniera che la convenzione che estinguesse una tale servitù, creerebbe nello stesso tempo una servitù *stillicidii vel fluminis non recipiendi seu non avertendi,* così il fondo prima serviente diverrebbe dominante. Questa opinione seguìta fra i moderni da Vangerow, è stata criticata da Namur nel seguente modo: È assai bizzarro di dare il nome di servitù a un atto giuridico che non è che il ritorno alla libertà naturale di un fondo. Però taluni scrittori per eliminare questa

difficoltà suppongono l'esistenza di un regolamento locale, che permetteva di dirigere le acque pluviali nel fondo del vicino, e chiamano la *servitus stillicidii vel fluminis recipiendi seu avertendi* l'affrancamento di questa servitù legale. Ma il diritto romano in conformità ai principali codici moderni di Europa, vietava che il proprietario facesse colare lo stillicidio del suo casamento nel fondo del vicino senza l'acquisto della servitù, sicchè l'enunciata opinione è priva di fondamento (Inst., t. I, pagina 230). Altri hanno avvisato, che la servitù *stillicidii vel fluminis non avertendi,* consista nel fare divergere le acque piovane, che scorrono dal tetto dell'edifizio del vicino nel nostro fondo; ed è questa l'opinione della maggior parte degli scrittori cui noi ci atlenghiamo.

Adunque l'essenza della servitù in disamina è riposta in questo concetto; cioè, che lo stillicidio della casa del vicino scorra nel nostro fondo per un vantaggio, per una utilità di quest'ultimo, come se servisse al riempimento di una cisterna, di una vasca, all'espurgo di una latrina.

3.° I caratteri speciali di questa servitù sono i seguenti:

a) È una servitù stabilita per fatto dell'uomo.

b) È continua, perchè l'esercizio di essa ha luogo senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo (art. 617). L'acqua piovana cadendo dal tetto dell'edifizio del vicino, scorre naturalmente nel nostro fondo senza alcun fatto umano. Questo carattere della servitù in parola è enunciato dalla stessa lettera dell'art. 617, in cui si legge:

« Le servitù sono continue o discontinue. Continue sono « quelle il cui esercizio è, o può essere continuo, senza che « sia necessario un fatto attuale dell'uomo. Tali sono gli ac- « quedotti, gli *stillicidii,* ecc.

Secondo gli scrittori dell'antica giurisprudenza la servitù dello stillicidio in genere era ritenuta quasi continua, perchè l'esercizio di essa, avvenendo nel tempo della pioggia, non è continuo, e suscettivo d'intermittenze. Ma i codici moderni hanno eliminato questa suddivisione dal carattere delle servitù di continue e quasi-continue, appellando ambedue specie continue; imperocchè hanno voluto per l'esistenza di questo carattere, non la continuità reale di fatto, *actualiter*, ma sibbene la possibilità del corso continuo, *potentialiter*; di guisa che la servitù sia pronta all'esercizio, senza alcun fatto attuale dell'uomo; *quia licet non exerceatur semper, tamen semper acta est exerceri sine facto hominis.* Caepolla, trat. 1, capo XIX, n. 2; Demolombe, *Servitù Prediali* n. 709.

c) È apparente, perchè tale servitù manifestasi sempre con segni visibili; cioè collc sporto della grondaia nel fondo serviente e per il canale di condotta.

d) È una servitù negativa, essendo l'obbligazione principale del proprietario del fondo serviente di astenersi a deviare altrove lo stillicidio del tetto della sua casa.

Le servitù, dice lo Zachariae, sono affermative o negative, secondo che esse autorizzano il proprietario del fondo dominante a fare qualche cosa sul fondo serviente, e proibiscono al proprietario di quest'ultimo l'esercizio di certi atti.

Secondo il codice francese, questa distinzione non ha che una importanza dottrinale; poichè in esso nessun cenno si legge sulle servitù affermative e negative. Il codice italiano l'ha riconosciuta nell'art. 631 per il solo effetto della prescrizione, come dimostreremo appresso, parlando dei modi di acquisto; epperò venne trascurata nella sezione in cui il nostro codice tratta delle specie delle servitù, perchè il legislatore italiano ivi si è occupato delle principali distinzioni delle servitù.

e) È una servitù principale, che sta da sè, e non è accessoria, non servendo di mezzo per l'esercizio di un'altra servitù; come sarebbe per la servitù di attingere acqua, quella di passaggio per accedere al pozzo, alla fonte, e per la servitù di acquedotto, quella di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque, e di farvi gli spurghi, e le riparazioni occorrenti (art. 631).

f) Infine è urbana, perchè suppone l'esistenza di un edifizio. Questa distinzione delle servitù urbane e rustiche, tanto importante per il diritto romano, oggi non ha più che una importanza storica.

4.° La servitù *stillicidii non avertendi* è affine a quella della sorgente in favore del fondo inferiore, contemplato dagli artisoli 540 e 541, e alla servitù attiva degli scoli, della quale si occupa l'art. 637.

Con esse conviene nell'obbietto e nei caratteri principali; imperocchè tanto l'una che le altre hanno per obbietto le acque, sebbene quelle della servitù di stillicidio siano piovane e quelle della sorgente e degli scoli sorgive; parimenti tutte e tre specie di servitù sono stabilite per fatto dell'uomo, quantunque per difetto di redazione trovasi quella della sorgente registrata fra le servitù legali; infine sono continue, apparenti e negative, poichè tutte e tre si esercitano senza l'opera dell'uomo, si manifestano con segni visibili, e dànno l'obbligo al proprietario del fondo servente di non deviare le acque.

Il breve cenno che abbiamo fatto sui rapporti delle servitù *stillicidii non avertendi* non è privo d'importanza. Il codice italiano, come abbiamo dimostrato, tace per questa specie di servitù; sicchè abbiamo così accennato la materia analoga, le cui disposizioni dovranno qui applicarsi nei casi di controversia dello istituto giuridico in parola ai sensi dell'art. 3 tit. prelim. codice civile.

5.° La servitù *stillicidii non avertendi*, essendo continua ed apparente, secondo il disposto dell'art. 629, si stabilisce in forza di un titolo e per la destinazione del padre di famiglia o colla prescrizione di trent'anni.

Nessun dubbio è sorto e può nascere per i primi due modi di acquisto; la difficoltà è nata, e qualche controversia si è agitata sulla prescrizione. Relativamente ad essa si è disputato se per acquistare la servitù in esame colla prescrizione, è sufficiente l'uso che ha fatto dello stillicidio il proprietario del fondo dominante, mentre si versava nel suo fondo per la servitù *stillicidii recipiendi*; oppure sia necessaria l'esistenza di opere tali nel fondo servente, che manifestino il diritto del proprietario dominante di condurre le acque nel proprio fondo.

Tale quistione, non è guari, si agitò nella causa Scarlata e Reganati promossa innanzi al tribunale civile di Catania, e dipoi innanzi alla Corte d'appello ivi residente.

Trattavasi in fatto che il tetto del caseggiato della signora Scarlata era sullo stesso versante e pendìo di quello dell'edifizio del signor Reganati; sicchè le acque piovane dell'uno, siccome più elevato, si versavano sin da tempo immemorabile nell'altro.

Gli stillicidi dei due caseggiati così riuniti si scaricavano in un tubo della latrina del signor Reganati a fine di espurgarla. Dipoi la signora Scarlata elevò la sua casa, e ne destinò lo stillicidio al riempimento della sua cisterna. Da qui la contesa con Reganati che pretendeva la servitù *stillicidii non avertendi.*

Noi in una memoria scritta appositamente sostenemmo, che nella specie trattavasi della servitù *stillicidii recipiendi*, in favore della signora Scarlata, la quale in tale guisa poteva divertire a suo vantaggio lo stillicidio della sua casa; e che la domanda di Reganati della servitù *stillicidii non avertendi* trovava ostacolo negli articoli 540, 541 e 637 codice civile, le cui disposizioni erano applicabili al caso concreto, anche come leggi interpretative delle leggi anteriori, sotto il cui impero ebbe compimento l'acquisto per prescrizione della servitù in disamina.

Il Tribunale rigettò la domanda dell'attore, ma per motivi erronei, cioè ritenendo la servitù in parola discontinua e perciò non acquisibile colla prescrizione.

Sul gravame della parte soccombente, la Corte d'appello di Catania, con decisione del 13 dicembre 1878, confermò la sentenza del tribunale, correggendone però i motivi nelle considerazioni secondo le nostre idee, ed elevò le seguenti massime:

« Per acquistare la servitù *stillicidii non avertendi* fa uopo « di un titolo non prescritto, o della esistenza di opere visibili « e permanenti nel fondo altrui, che manifestino il diritto di « condurre le acque nel proprio fondo. La semplice facoltà « di servirsi delle acque che scorrono per effetto della servitù « *stillicidii recipiendi*, non basta a costituire la servitù *stillicidii non avertendi,* facendosi *jure dominii.* Tali regole che « sono di ragione logica, sono dettate dagli articoli 540, 541

« e 542 del cod. civ., per le quali vengono sistemati i diritti « dei proprietari delle sorgenti, e dei fondi servienti, e bene « sono applicabili al caso del diritto che si avesse il proprietario « del fondo serviente di usare delle acque, o di reclamare la « servitù *stillicidii non avertendi* » (*Giorn. di Catania*, ann. 1879, disp. I, pag. 4).

La servitù in esame può acquistarsi ancora colla prescrizione, se per trent'anni il proprietario del fondo dominante abbia cominciato o continuato a godere lo stillicidio del tetto del vicino, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo (art. 631 capov.).

6.° Ciò posto è facile a determinare il criterio per conoscere in difetto di titolo e di destinazione del padre di famiglia, se la servitù di stillicidio acquistata per prescrizione è passiva o attiva, cioè se trattisi della servitù *stillicidii recipiendi* o di quella *stillicidii non avertendi*. Imperocchè la prima viene costituita dallo sporto del tetto, della grondaia del nostro edifizio nel fondo altrui per versarvi lo stillicidio malgrado che il proprietario del fondo servente se ne valga, dopochè lo stillicidio cade nel suo fondo. Fa stabilire la seconda l'esistenza nel fondo servente di opere visibili e permanenti destinate a condurre o a facilitare il corso delle acque piovane nel nostro fondo; oppure l'uso dello stillicidio dopo un atto formale d'opposizione o da parte del proprietario del fondo dominante per non volgere altrove lo stillicidio, o da parte del proprietario del fondo servente per proibire l'uso dello stillicidio a quello del fondo dominante. E ciò tanto nel primo che nel secondo caso per il corso di trent'anni.

Pertanto l'illustre e compianto Mazzoni ha supposto il caso della coesistenza di ambedue le servitù, *stillicidii recipiendi* e *stillicidii non avertendi*. Sono sue parole: « Può avvenire che « sieno congiunte insieme le due servitù, *stillicidii recipiendi* « e *stillicidii non avertendi*, obbligando la prima il proprietario « del fondo sottoposto a ricevere lo stillicidio dell'edifizio, e la « seconda obbligando il proprietario di questa a non divergerlo come potrebbe. Gli effetti delle due servitù rimangono « gli stessi, ossia nè il proprietario del fondo dominante, nè « quello del fondo serviente possono fare più o meno di quello « che sarebbe loro permesso per ciascuna servitù separata- « mente » (1).

Con buona venia dell'illustre professore facciamo osservare, che tale ipotesi ci sembra impossibile, ripugnando alla logica

---

(1) *Servitù prediali*, n. 200.

del diritto. E di vero: le enunciate due specie di servitù sono di carattere differente, anzi opposto, dimodochè l'esistenza dell'una esclude quella dell'altra; infatti la servitù *stillicidii recipiendi* è passiva ed affermativa, e quella *stillicidii non avertendi* è negativa e attiva. Ne verrebbe ancora una confusione di criteri nel determinare i diritti e gli obblighi reciproci del proprietario del fondo dominante e di quello servente; e quello che più monta l'uno non potrebbe rinunciare al suo diritto di servitù, ledendo i diritti dell'altro.

Così il proprietario dell'edifizio non può rinunziare alla servitù *stillicidii recipiendi*, volgendolo altrove, perchè priverebbe di quella *stillicidii non avertendi* il proprietario del fondo dominante; e viceversa quest'ultimo non può rinunciare alla sua servitù attiva, costringendo il proprietario della casa a divergere lo stillicidio, perchè lederebbe il diritto di quest'ultimo. Lo che è un assurdo logico; il diritto è un uso di libertà, e quando non può abbandonarsi colla rinuncia, cessa di essere tale, trasformandosi in obbligazione.

7.° Dopo avere enunciato l'essenza, i caratteri, i rapporti e i modi d'acquisto della servitù in disamina, è d'uopo or ragionarne degli effetti.

Essi si compendiano nei diritti, negli obblighi e nelle azioni dei proprietari del fondo dominante e del fondo servente.

E prima parliamo degli effetti della servitù in parola in rapporto al proprietario del fondo dominante.

I *diritti* sono i seguenti:

a) Di usare, godere e disporre della servitù di stillicidio in modo esclusivo e in vantaggio del fondo dominante, senza recare incomodo e nocumento al fondo servente.

b) Ha la facoltà di fare nel fondo servente tutte le opere necessarie per usare della servitù, mantenerla e conservarla nello stato in cui trovavasi nel tempo in cui venne constituita.

c) Ha diritto di reclamare il passaggio nel fondo servente agli operai e ai materiali per la costruzione e riparazione del canale di condotta dello stillicidio, nella stessa guisa che il proprietario della servitù di acquedotto ha il diritto di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque, e di farvi gli spurghi e le riparazioni occorrenti (articolo 639).

d) Infine ha la facoltà di rinunciare anche coll'abbandono alla detta servitù, come a qualunque altro diritto.

Gli *obblighi* sono:

a) Dovrà usare della servitù a norma del suo titolo e del suo possesso (art. 646). Per lo che egli non può dare alla servitù maggiore estensione di quella attribuitale dal titolo e dal possesso. E qui sono da tenersi le seguenti norme:

Se la servitù fu stabilita in forza di un titolo, tutte le clau-

sole riguardanti l'estensione della servitù trovansi scritte nel medesimo, e nel dubbio si consulti il possesso, che è la migliore interpretazione, come il modo di esecuzione della servitù stessa. Se poi la servitù fu stabilita mediante prescrizione; regola la massima: *quantum possessum tantum praescriptum*; se infine la costituzione ebbe luogo per destinazione del padre di famiglia, la norma da seguire è di avere in mira lo stato della servitù nell'epoca in cui i predii dominante e servente trovavansi nel patrimonio di un solo, cioè di colui che li destinò con tale soggezione.

b) Non può fare alcuna innovazione nel fondo servente, come nel fondo dominante, che renda più gravosa la condizione del primo; così non può cambiare il luogo o la forma del canale, quando da tale mutamento ne derivasse incomodo o nocumento al proprietario del fondo servente (art. 646).

c) Nella costruzione delle opere necessarie al mantenimento della servitù deve scegliere il tempo e il modo che sia per recare minore incomodo al proprietario del fondo servente (articolo 641 capov.).

d) Infine è tenuto di fare a sue spese tutte le suddette opere di riparazione, tranne se il titolo disponga altrimenti. — E qui cade in acconcio di esaminare le seguenti questioni che si sono agitate nella scuola: 1.° Fra le opere necessarie per l'uso e la conservazione della servitù in parola si comprendono quelle di riparazioni di cui abbisogna il tetto dell'edifizio servente? 2.° Il proprietario del fondo dominante può costringere il padrone del fondo servente a ricostruire il tetto di già diroccato?

Il prof. Mazzoni ha risposto così alla prima questione: « Fra « le opere necessarie per l'uso e la conservazione della servitù « non si comprendono al certo le riparazioni di cui abbisogna « il tetto, queste sono sempre a carico, ma al tempo stesso in « facoltà del proprietario dell'edifizio servente, ossia può o non « farle, ma volendo farle, la spesa è per intero a suo carico. « Nè può obbligare il proprietario del fondo dominante a con- « correre alla spesa, per la ragione che questi ne ritrae van- « taggio; poichè il peso della servitù non rende comune il « tetto fra il proprietario dell'edificio che ne è coperto, ed il « padrone del fondo dominante, nel senso dell'articolo 641 « alinea » (1).

Alla seconda tesi il Foramiti ha dato la seguente soluzione: Questo dubbio viene risoluto dal principio sulla natura della servitù, che consiste nel soffrire che altri facesse qualche cosa, *ut is quid patiatur, aut non faciat.* L. 15, § 9, D. *de serv.* e il

(1) *Trattato delle Servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo*, n. 208.

codice austriaco nel § 390 così *dichiara:* « Chi ha il diritto di « condurre dal tetto del vicino l'acqua piovana nel proprio fondo « deve egli solo le spese dei canali, dei vasi destinati a rice- « vere le acque, e delle altre opere a questo fine » (*Enciclop.* « *giur.*, *Servitù*, pag. 2077).

Secondo il debole nostro avviso la soluzione data alle enunciate questioni non è esatta. Se male non ci apponghiamo, il principio da invocare per la soluzione delle sopra trascritte tesi è quello fermato nel capoverso dell'art. 641 codice civile italiano così redato: « Qualora però l'uso della cosa nella parte « soggetta a servitù sia comune fra il proprietario del fondo « dominante, e quello del fondo servente, le opere suddette « (di manutenzione) saranno fatte in comune, ed in propor- « zione dei rispettivi vantaggi, salvo che il titolo disponga al- « trimenti ».

Ciò posto per conoscere quali opere nella servitù in disamina dovranno farsi a spese del proprietario del fondo servente, quali a spese di quello del fondo dominante, e quali in comune, bisogna esaminare chi ricava l'utile dell'opera da farsi.

Pertanto nessun dubbio che la spesa per la costruzione e la riparazione del canale di condotta dell'acqua, dovrà sostenersi dal proprietario del fondo dominante; perchè serve esclusivamente al mantenimento della servitù, e nessun vantaggio reca al proprietario del fondo servente. Ma le riparazioni del tetto su cui aggrava la servitù dello stillicidio giovano tanto al proprietario del fondo servente, quanto al proprietario del fondo dominante; perocchè se il tetto rovinasse, l'uno non potrebbe godere della servitù, e l'altro non godrebbe dell'edificio; sicchè essendo i vantaggi della riparazione del tetto comuni ad ambedue, comune ne dovrà essere la spesa, in proporzione però dell'utilità di ciascheduno; il che derivando dalle circostanze di fatto, cioè dall'importanza della servitù, e da quella dell'edificio è riserbata la quotizzazione della spesa al criterio del perito, cui dovrà ricorrere il magistrato in caso di contestazione.

Per la stessa ragione, essendo diroccato il tetto dell'edificio servente, se il proprietario del fondo dominante volesse ricostruirlo per continuare a godere della servitù, può costringere il proprietario del fondo servente a partecipare alle spese necessarie, tranne se quest'ultimo abbandonasse l'edificio. Tale soluzione è conforme ancora al disposto del § 483 codice austriaco, che trascriviamo: « Se anche il proprietario della cosa « servente ne faccia uso, deve contribuire in proporzione a tali « spese, e soltanto colla cessione della cosa a chi ha il diritto « della servitù, quand'anche questi dissenta, può liberarsi dal « contribuire alle spese medesime ».

Così ancora nell'art. 676 codice civile italiano si legge: « Ciascun partecipante ha diritto di obbligare gli altri di con-

« tribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione « della cosa comune, salvo a questi la facoltà di liberarsene « coll'abbandono dei loro diritti di comproprietà ». Nè vale a sostegno della contraria opinione l'obbiezione che la servitù dello stillicidio non rende comune il tetto; poichè il capoverso dell'art. 640 non richiede per la partecipazione alla spesa la comproprietà della cosa gravata dalla servitù, o la comunione della servitù istessa, come opinava il Mazzoni; ma soltanto che la parte della cosa soggetta alla servitù fosse di uso comune al proprietario del fondo servente, e a quello del fondo dominante. Così, ad esempio, nella servitù di acquedotto i margini del canale sono di uso comune ad ambedue i proprietari, sebbene non èvvi comproprietà; poichè chi ha la servitù ne gode col disporvi gli spurghi del canale, e chi soffre la servitù potrà piantarvi delle piante, perchè il diritto alla condotta dell'acqua non attribuisce al conducente la proprietà del terreno laterale o sottoposto alla sorgente (art. 648).

Azioni. — Il proprietario del fondo dominante potrebbe sperimentare tutte le azioni possessorie, cioè la turbativa, perchè trattasi di servitù continua ed apparente, qualora venisse molestato nel godimento di essa, e l'azione di reintegra laddove ne venisse spogliato. Similmente in petitorio come per tutte le altre servitù potrebbe spingere l'azione confessoria per fare riaffermare dal magistrato la sua servitù, se gli venisse contrastata dal proprietario del fondo servente.

Facciamoci ora a ragionare degli effetti della servitù in esame in rapporto al proprietario del fondo servente.

Diritti. — Per il principio che ad ogni obbligazione giuridica corrisponde un diritto, così tutti i diritti del proprietario del fondo servente si compendiano nella facoltà di far eseguire al proprietario del fondo dominante tutti gli obblighi derivanti dalla servitù istessa.

Obblighi. — Il proprietario gravato dalla servitù ha le seguenti obbligazioni:

a) Per la natura stessa della servitù egli non può rivolgere altrove lo stillicidio dell'edificio servente.

b) Non può farvi in esso alcuna cosa che tenda a diminuire l'uso della servitù, o a renderlo più incomodo. — Ma può egli alzare il suo edificio?

In altri termini la servitù *stillicidii non avertendi* comprende anche la servitù *alius non tollendi?*

Facile è la soluzione di questo dubbio. È principio indubitato che una servitù comprende tutte le altre, senza delle quali non può esercitarsi.

A servitute concessa, simul concessa censeantur omnia sine quibus servitus exercere nequit. Quomodo haustu aquae dato iter quoque ad puteum datum intelligitur (*Ad Pand.*, libro VIII, tit. IV, n. 16).

Tutti i codici moderni hanno elevato questo principio a di-

sposizione legislativa. Invero nell'articolo 639 codice italiano conforme alle altre legislazioni si legge: « Il diritto di servitù « comprende tutto ciò che è necessario per usarne. Così la « servitù di attingere acqua alla fonte altrui racchiude il pas- « saggio dove la fonte si trova ». Ciò fermato è evidente che la servitù in parola può esercitarsi senza di quella *altius non tollendi*; poichè il proprietario dell'edificio servente può elevarlo e conservare la servitù dello stillicidio mediante la costruzione di un nuovo condotto da farsi a sue spese. Lo stesso concetto risulta dall'articolo 645, che vieta al proprietario del fondo servente tutte quelle innovazioni che tendono a diminuire la servitù o a renderla più incomoda.

Questa opinione è stata costantemente seguita nella dottrina e nella giurisprudenza sin dal diritto romano (L. 20, § 6, D. *de serv. praed. urb.* — Caepolla, trat. I, capo XXVIII, n. 5. — Demolombe, *Servitù prediali*, n. 915. — Dec. Corte di Metz, 12 giugno 1807. — Sirey, 1807, 11, 188. — Aubry e Rau sopra Zachariae, p. 82. — Mazzoni, *op. citata*, n. 211.

Azioni. Il proprietario del fondo servente può sperimentare in petitorio l'azione negatoria, e in possessorio quella di turbativa nell'ipotesi che il proprietario del fondo dominante con qualche opera aumentasse o gli rendesse più incomoda la servitù enunciata.

8.° La servitù *stillicidii non avertendi* si estingue nei seguenti modi:

a) Col mutamento dello stato dei luoghi, che rende impossibile l'esercizio della servitù, come se rovinasse l'edificio servente in maniera da non potersene più godere lo stillicidio. Epperò questo mutamento dovrà avvenire per forza maggiore in rapporto all'edificio servente; poichè se avviene per fatto del proprietario, questi potrebbe venire obbligato da chi ha il diritto della servitù a ricostituirlo a sue spese.

E se entro il trentennio l'edifizio servente venisse riedificato la servitù *rivivrebbe* nello stato primitivo (art. 662 e 663).

b) Colla confusione; cioè se i due fondi entrassero nel patrimonio dello stesso proprietario (art. 664). Allora regola il principio scritto nelle leggi romane, *Nemini res sua servit.*

c) Colla prescrizione di trent'anni. Qui il tempo necessario a prescrivere decorre dal dì in cui si è fatto un atto contrario alla servitù; come se il proprietario del fondo servente avesse diretto altrove lo stillicidio (art. 666, 667). In questo caso, la prescrizione non viene impedita dall'esistenza del canale in esso fondo, qualora osservasi inutile all'esercizio della servitù, per diversa direzione dello stillicidio (art. 668).

d) Infine colla rinuncia di chi ha il diritto della servitù. Essa può aver luogo espressamente o tacitamente. Nel primo caso dovrà risultare da un atto scritto giusta l'articolo 1314. Nel secondo caso dovrà risultare da opere tali che rendano impossibile l'esercizio della servitù *medesima*.

9.° Nessuno ignora i grandi servigi delle acque in rapporto ai bisogni individuali di tutti gli esseri dell'universo e rispetto all'agricoltura, all'industria e alla sanità pubblica mediante il sistema del bonificamento.

Anche in Italia vi sono molti paesi, dove le acque sorgive difettano gran fatto; ed è necessità surrogarvi le acque piovane; onde facciamo voti che il legislatore italiano ponesse fra le servitù legali anche la servitù *stillicidii non avertendi*, riproducendo la disposizione del § 476, n. 22, codice austriaco, così concepita: « Ogni proprietario è tenuto di non deviare lo « stillicidio della casa propria dal fondo del vicino, a cui può « essere utile per irrigare il suo orto, empiere la sua cisterna « o per altro oggetto ». Coll'aggiunta però di questo inciso: eccetto il caso che il proprietario dell'edificio deviasse lo stillicidio per sua utilità.

ROSARIO SCARLATA PREVITERA.

APPENDICE V.

Sugli articoli 536 e 591 del codice civile italiano

Sebbene la utilità generale, che apportano le acque all'agricoltura, allo sviluppo delle industrie e del commercio, avrebbe dovuto in ogni tempo spingere i legislatori ad indirizzare di preferenza i loro studii acciò fosse reso più facile il compito dei chiamati a giudicare le liti cui l'importanza della materia dà origine, pure indarno si ricercano norme chiare e precise intorno ai moltissimi rapporti, che derivano dalla situazione dei luoghi in relazione alle acque, cioè intorno all'argomento delle servitù su di esse: prima del codice Albertino, su cui, previe alcune modificazioni ed aggiunte, fu compilato in questo argomento il nostro (1).

È vero che già fino dai tempi della legge delle XII Tavole era noto il principio, che può dirsi base dei grandi criterii, i

(1) Veggasi la monografia dell'avv. prof. Riccardo Jannuzzi: « Delle servitù legali sulle acque » (Capitolo II) inserita nel *Filangieri*, Rivista di scienze giuridiche, anni 1879, 1880; nonchè la nota « sulla servitù di stillicidio » dell'avv. Em. Lagomaggiore pubblicata innanzi, appendice III.

quali servono a sciogliere le complicate quistioni sulle servitù di scolo: « si cui aqua pluvia damnum dabit, actione aquae « pluviae arcendae avertatur aqua » (parole quasi identiche a quelle che in proposito si leggevano nella celebre legge citata); e che trovansi nella legislazione romana parecchie fonti sul tema di cui sopra; fra le quali per esempio:

« Dig. *de aqua quot. et aest.* (43, 20).
« Dig. *ne quid in flumine publico fiat,* etc. (43, 13).
« Dig. *de serv. praed. rust.* (8, 3).
« Dig. *de aqua et aquae pluviae arcendae* (39, 3).
« Inst. II (*de servitutibus*).
« Cod. III, 34, *de servitutibus et aqua.*

Ma pure, sia che i progressi delle scienze fisiche abbiano diminuito su questo riguardo la opportunità del romano diritto; sia che fino al Caepolla, al Romagnosi, al Giovanetti non ne sia stato ben compreso lo spirito su questo interessante tema, sta il fatto che non si ebbe se non in base alle stupende opere dei grandi suddetti (Caepolla, *Tractatus servitutis*; Romagnosi, *Condotta delle acque*; Idem, *Ragion civile delle acque* (incompiuta per morte); Giovanetti, *Régime des eaux*), un codice che rispondesse ai bisogni della popolazione. Fu questo il citato codice Albertino, cui s'informò il nostro, che sorpassò per la giustezza delle sue disposizioni sulle acque, ogni altro codice vigente.

Il principio romano del resto, in base al quale si accordava azione per tutti quei danni che le acque pluviali potevano apportare ai fondi inferiori, rovesciandosi dai superiori, fu accolto da tutte le legislazioni e così l'altro: « haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto ». Era cioè un effetto dell'azione non solo il risarcimento del danno reale effettivamente subìto, ma ancora di quello che si stimasse poter derivare da lavoro già fatto od in corso.

Il codice Napoleone contempla l'*actio aquae pluviae arcendae* negli articoli 640 e 681; il nostro negli articoli 636 e 591; più precisamente il 681 C. N. ed il 591 italiano corrispondono alla servitù di stillicidio dei Romani; ma completando essi le disposizioni degli articoli 536 e 640 si può sotto un certo punto di vista asserire che alla lor volta possono riferirsi all'*actio aquae pluviae arcendae.* Esaminiamo i rapporti che esistono fra i due articoli 536 e 591. L'articolo 536 è posto sotto la intitolazione del § 1, sezione prima, libro secondo del nostro codice, il quale tratta delle servitù che derivano dalla situazione dei luoghi « haec leges aeternaque foedera certis... imposuit natura locis » (Virg., *Georg.*); dimostrando evidentemente così che si accettò l'idea romana per la quale in certi casi la legge non crea, non impone obblighi alla proprietà; ma dal momento in cui essa si accorge che alcuni fondi per la loro speciale posizione ponno godere di qualche beneficio, mentre altri per lo stesso motivo sono talvolta assoggettati ad un danno, interviene e regola le relazioni fra i singoli proprietarii di questi fondi.

Lo scopo della legge non è quindi precisamente quello di creare un obbligo al proprietario del fondo inferiore; ma piuttosto di fargli avvertire che tanto gli è imposto dalla situazione dei luoghi, ed in conseguenza ingiungergli di non frapporre ostacoli allo scolo naturale delle acque, come ingiunge al proprietario del fondo superiore di non abusare del suo vantaggio. Se vi è servitù adunque in questo articolo, si è quella *negativa* ai due proprietarii, sia d'impedire il diritto dell'uno, sia di rendere più grave la condizione dell'altro. La Corte di cassazione francese con sentenza dell'8 gennaio 1834 (Sirey, XXXIV, 1, 169) ha sancito che « il proprietario del fondo superiore non può « fare opere che aggravino la condizione del fondo inferiore, « salvo che quelle non siano necessarie alla conservazione ed « alla coltivazione del suo fondo. E ciò pure allora che i due « fondi fossero separati dalla via pubblica ».

Nei riguardi poi del nostro articolo 591, la presenza della via pubblica, su cui uno può far colare le sue acque, produce lo stesso effetto di un terreno intermedio, il proprietario del quale non si dolesse dello scolo delle acque: se al terzo proprietario cioè portasse danno, avrebbe azione per reclamare (1). Le acque adunque devono perdersi nella via pubblica, non mai attraversarla: s'intende però che se ciò avvenisse per difetto di costruzione della strada, chi dovrebbe porre un rimedio e risarcire il danno, sarebbe il comune, cioè il proprietario della via.

Devesi però adottare nelle suddette opere un sistema che cagioni il minor male possibile al fondo inferiore, e nel caso di contesa fra i due proprietarii i tribuaali devono cercare di conciliare gli interessi ed i bisogni dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà.

La servitù essendo naturale è indeclinabile: è necessità l'assoggettarvisi.

Essa del resto impedisce che i fondi da cui le acque emanano, sieno da queste, perchè impedite di scolare, sommersi per legge fisica; egli è perciò che il proprietario inferiore non potrebbe lagnarsi se anche per il disposto dell'articolo 536 dovesse risentirne un danno: « quod si natura aqua noceret ea actione non continetur » (L. 1, § D. *de aqua*, D. 39, 3). L'incomodo però di ricevere le acque da parte del fondo inferiore è compensato assai spesso dall'utile di raccogliere con esse le parti fertilizzanti della terra, che scorrendo assorbe (Cass. Fir., 3 febbr. 1849).

Neppure è vera servitù quella dell'articolo 591, il quale è altra delle prove che, se la legge talora non mette inciampo, perchè sarebbe contrario ai principii di ragione e di opportunità, a ciò che accade quale effetto della natura delle cose, si

(1) Così pure la giurisprudenza francese.

mostra invece pronta a mettere dei limiti quando si avvede che i principii dell'eguaglianza di trattamento potrebbero esser lesi; e l'articolo 591 contiene un'obbligazione, che dev'essere da un proprietario soddisfatta, acciò non sia dannoso ad altri l'esercizio del suo diritto di proprietà.

Tutti due adunque gli articoli, il 536 ed il 591, hanno lo stesso scopo di difendere i proprietarii dei fondi inferiori da tutti i danni che loro potrebbero derivare, sia dal rovesciarsi delle acque, sia dallo scolo di esse dai fondi superiori; ma, mentre per l'articolo 536 il proprietario del fondo superiore deve tralasciare di fare qualunque cosa che potesse render più gravosa la naturale servitù (1), il proprietario cui si allude nell'articolo 591 è obbligato a fare qualche cosa.

Essendo il contenuto dell'articolo 536 una servitù naturale, sorge spontanea la domanda se sia libero alle parti di convenire fra loro cosa contraria alla legge: in altri termini se può essere oggetto di servitù convenzionale una infrazione del principio generale sancito dall'articolo 536.

« Privatorum pactis juri publico derogari non potest » dice il principio romano, ed è chiaro essere di ordine pubblico la disposizione del nostro codice imposta per mantenere l'ordine fra le proprietà; però l'ordine pubblico in questo caso non incomincia ad essere considerato se non quando le acque del fondo superiore colate sull'inferiore stiano per passare ad altri fondi: parmi logico quindi che riguardo ai due proprietarii, i quali primi trovansi in rapporti fra loro, non vi debba essere ostacolo a che stipulino anche una servitù contraria ai fini di legge, purchè i terzi non ne risentano danno. Invece nei riguardi dell'articolo 591 qualunque servitù può essere convenuta fra i proprietarii dei fondi o vicini o di cui l'uno sia superiore all'altro, dal momento che non è obbligato il proprietario del fondo

---

(1) La Corte di cassazione di Firenze con decisione del 19 novembre 1868 ha stabilito che:

« Il proprietario del fondo inferiore è obbligato a ricevere lo scolo delle acque « che provengono « naturalmente » dal fondo superiore, ma non già quelle che « provengono per il fatto e per opera dell'uomo. Il proprietario di una casa deve « costruire i tetti in maniera che le acque piovane cadano sul suo terreno o sulla « via pubblica, e non può mai farle cadere sul fondo del vicino, eccetto che « avesse acquistato la servitù dello stillicido (*Annali della giurisprudenza italiana*, 1868 F. 1.ª 215) ».

La Corte di appello di Torino 27 dic. 1869 dice: « Il fondo inferiore è soggetto « a ricevere le acque che dal fondo più elevato scolano naturalmente, senza che « vi sia concorsa l'opera dell'uomo o che almeno l'opera dell'uomo non abbia fatto « che agevolare il corso naturale ».

« Il proprietario del fondo inferiore non può in alcun modo impedire questo « scolo, facendo lavori che lo rendano meno facile e producano dei ringorghi « dannosi al fondo superiore. (L. 1, §§ 2, e 13 Dig. *de aqua et aquae pluv. arc.* 39, 3. — *Annali* 1869, II, 338) ».

E così anche la Corte di appello di Modena 5 agosto 1870.

inferiore o vicino, a trasmettere, a lasciar andare ad altri le acque che cadono dai tetti, dalle grondaie del fondo superiore sul suo, supposto che a riceverle siasi obbligato con una « servitus fluminis recipiendi ».

Concludendo: l'articolo 536 fonda un principio in base alle leggi di natura; l'articolo 591 sancisce un'eccezione a quello nei riguardi della giustizia e dell'equità. Esso dispone che « ogni « proprietario deve costruire i tetti in maniera, che le acque « piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica in con- « formità ai particolari regolamenti, e non può farle cadere sul « fondo del vicino ».

Tale disposizione trovasi in tutti i codici che ebbero vigore in Italia (Francese, 681; Leggi civ. Napol., 602; Estense, 578, 579, 580; Parmense, 333, 534; Ticinese, 272, 273; Albertino, 615; Austriaco, 489).

I Romani dicevano « servitutis stillicidii » quella che dava diritto al proprietario superiore di far colare le acque dei suoi tetti sul fondo inferiore a goccia a goccia « guttatim »; « servitus flumini recipiendi » quella invece per cui le acque si versavano nel fondo vicino, dopo essersi riunite nelle gronde: Fr. 2 e 17, § 3; Fr. 20, § 2-5; Fr. 28, D. VIII, 2, *De serv. pr. urb.*

Egli è evidente che l'imperativo dell'articolo « deve costruire », ecc., non vuol certo significare che il proprietario di un fondo sia obbligato di fare tetti ad impedire che l'acqua pluviale, la quale cade sul di lui fondo, vada poi a colare nel fondo del vicino, ma solo che allora quando esso proprietario ne stabilisce, egli sia obbligato a farli costruire così che non lascino passare l'acqua, che non la gettino nel fondo del vicino.

Lo spirito della legge non è che il proprietario abbia a mettere ostacoli, abbia ad agire in modo che le sue acque non vadano sul fondo del vicino ma piuttosto denota che il proprietario non ha il diritto di farvele cadere; e non può farle cadere, ecc.

I tetti non devono pertanto sporgere in guisa che lo stillicidio cada su di un altro fondo: se così avvenisse, sarebbe creata a danno di questo la *servitus stillicidii.* Conviene pure che le grondaie non abbiano condotti, i quali gettino l'acqua, sia immediatamente in un altro fondo, sia mediatamente, cioè passando prima lungo il fondo, dai cui tetti provengono e poi in altro; se li avessero, avrebbe origine la « servitus fluminis recipiendi, » la quale inverte la servitù legale di stillicidio in una servitù o convenzionale fra i proprietari dei due fondi, oppure appoggiata alla prescrizione. Si dovrà dunque circondare il tetto con tubi o condotti che riuniscano le acque, ma non sieno perpendicolari al fondo sottoposto o vicino acciò non abbia il proprietario di detto fondo a chiedere che quel condotto sia tolto, estendendosi il diritto suo di proprietà tanto su ciò che sta sopra, quanto su ciò che sta sotto al di lui fondo (articolo 440 cod. civ.).

Se i muri che servono di confine ai due fondi, fossero vicini, è pur necessario che i tetti siano costrutti da non permettere che lo stillicidio sia tanto prossimo alle fondamenta, perchè non abbiano a guastarle; e converrebbe avere la stessa precauzione se il muro fosse comune, poichè qui a differenza della comunione che colloca il diritto dei condomini su ciascuna parte di una cosa, la comunione del muro rende ciascun proprietario della porzione che si trova dalla sua banda, di modo che nella nostra specie l'acqua cadrà e scolerà sulla proprietà del padrone del tetto. Se il muro fosse tutto del vicino, converrebbe acquistarne la comunione.

La comunione del muro può acquistarsi dal proprietario del fondo soggetto ogni qual volta l'edifizio cui compete la servitù di stillicidio non si trovi alla distanza indicata dall'articolo 571 codice civile, e può ancora appoggiarvi il suo edifizio, purchè ne limiti l'innalzamento fin sotto la gronda, acciò possa continuare a ricevere lo stillicidio (L. 20, § 6, Dig. *de servit. praed. urb.* 8, 2).

Del resto il modo col quale i tetti sono costruiti non costituisce « l'atto di stillicidio »; quindi non potrebbe il vicino avere azione per reclamare su questo fatto, neppure se potesse sospettare che la legge non venisse rispettata. Finchè egli non ne soffre, la legge nulla gli accorda.

La ragione o « causa » dell'articolo è facile a comprendersi; il fondo inferiore o vicino non è tenuto a ricevere se non quelle acque, le quali scolino naturalmente; cessa questo suo obbligo appena incomincia l'opera dell'uomo. La proibizione dell'articolo 591 non è generale ed assoluta, sia per lo stillicidio, sia per la *servitus fluminis recipiendi*, ed infatti non si potrebbe qui applicare l'adagio che governa e modifica il vasto ordine delle servitù: « quod mihi prodest ed alteri non nocet, facile est concedendum », e neppure l'altro: « sic enim debere (Mucius ait), quem meliorem agrum suum facere ne vicini deteriorem faciat ». Dig. XXXIX, tit. 3, l. 1, § 4, *de aqua* ecc.; L. 8, § 5, D. *si serv. vind.* (8, 5).

E se il fondo inferiore fosse più inclinato di quello su cui le costruzioni furono eseguite, cesserebbe l'obbligo di costruire i tetti a sensi dell'art. 591?

Una decisione di Colmar 5 maggio 1819 risponde negativamente, per la ragione che il disposto dell'art. 640 codice francese riguarda solo quei fondi che trovansi nel loro stato naturale, non già quelli convertiti in edifizi.

Invece la Cassazione di Firenze 19 novembre 1868, decide che « se il terreno su cui sorge la fabbrica fosse più elevato di « quello del vicino, costui non potrebbe opporsi al successivo « scolo delle acque sulla sua proprietà reputandosi tale scolo « naturale, non essendone la caduta immediata ».

Ecco le precise parole della Corte.

« . . . . ma una volta però che le acque piovane sono cadute

« dal tetto sul terreno del proprietario della casa nulla vieta « che le medesime vadano a scolare e riversarsi sul fondo del « vicino quando questo per la pendenza del terreno, sia fondo « inferiore a quello sul quale è costruita la casa ».

Nel senso opposto interpreta tale decisione il chiarissimo Pacifici-Mazzoni (*Trattato delle servitù legali*, n. 722).

La Corte di cassazione francese sanciva eziandio nel 15 marzo 1830 non esistere per il combinato disposto degli articoli 640 e 681 servitù naturale per lo scolo dei tetti.

Ed è logico che sia così, dappoichè comprendendo la proprietà di un fondo, come è notorio, ciò che vi sta sopra e ciò che vi sta sotto, tale estensione di diritto sarebbe lesa se un proprietario, senza godere la servitù del *jus protegendi*, immettesse il suo tetto e la sua grondaia nel fondo vicino.

Si disse prima che lo stillicidio deve cadere un po' lungi dalle fondamenta del muro vicino; quindi ne deriva che deve lasciarsi una certa distanza fra lo sporto del tetto e delle grondaie ed il fondo limitrofo, acciò l'acqua dopo essere caduta sul fondo per mezzo del tetto non passi sull'altro fonbo; e tale distanza per lo più dagli usi locali o da perizia è fissata al doppio dello sporto del tetto (Duranton, Toullier, Favard de Langlade, Pardessus, Dionisotti, Traina, ecc.). Tale spazio deve essere disposto a piano inclinato, acciò le acque che là possano raccogliersi non abbiano a decadere sul fondo inferiore. Esso dovrà inoltre essere lastricato e ciò a preservare le fondamenta dei muri. Così insegna Desgodets, Favard, Toullier ecc.

E chi sarà il proprietario di tale spazio? « Videtur area eius esse cuius est stillicidium superius ». Si presume cioè che sia dello stesso proprietario del tetto da cui cadono su esso le acque (App. Cagliari 25 marzo 1858; Cass. Torino, 23 ottobre 1873); il proprietario di un edifizio si presume proprietario anche della striscia di terreno situata sotto lo stillicidio del tetto (Caepolla, *Tract. serv.* l. c. 28).

Ma di qual natura è questa presunzione? É essa *juris et de jure*, cioè di quelle che resistono a tutto fuorchè ad un titolo contrario, ovvero è una presunzione semplice che può cadere di fronte al possesso del vicino? Il Pardessus, il Daviel, il Toullier ed altri stanno per la presunzione più forte perchè la stimano più conforme ai principii generali del diritto.

Questi autori però vanno più in là dello stesso Pardessus di cui seguono le tracce.

Ed invero questo illustre scienziato nel suo ragionamento, dopo avere esposto che il proprietario dello stillicidio è tale anche dello spazio soggetto, che su quello esercita il suo diritto di proprietà, facendovi cadere le acque, suppone il caso che il vicino abbia osato coltivare fino al muro dove cade lo stillicidio, e ritiene che, se anche questi non sia turbato nel suo possesso da chi ne avrebbe diritto, pure non decorra in di lui favore la prescrizione: non decorra perchè questo modo d'acqui-

sto della proprietà o di una servitù non può basarsi che sull'uso esclusivo, il quale nella fattispecie non vi sarebbe; e non decorra perchè la legge deve favorire in ogni modo il giusto, non mai l'usurpatore.

Contrariamente il Demolombe, il Lapage, ed il nostro Pacifici-Mazzoni dichiarano essere semplice la presunzione relativa alla proprietà dello spazio soggetto allo stillicidio e potersi di conseguenza distruggere con qualsiasi mezzo di prova compresa la testimoniale, e colla presunzione contraria desunta in ispecie dal possesso. Ed invero se è logico che due non possono essere proprietari in un luogo stesso contemporaneamente, conviene pure ammettere che altro è il *ius dominii*, altro il *ius servitutis*, e nulla osta a che esistano su di uno stesso luogo in un tempo; e quindi l'un proprietario eserciterebbe il diritto di stillicidio su di uno spazio di cui è utile possessore l'altro (Cass. Parigi 28 luglio 1851).

La prescrizione dunque anche in questo come in ogni altro caso farebbe acquistare al proprietario del fondo vicino un diritto, il quale però sarebbe gravato in ogni modo dalla servitù di stillicidio: il detto proprietario poi non potrebbe avere mai azione perchè fosse tolto il condotto da cui lo scolo deriva. Anche il Borsari accetta queste idee, e dice in proposito che è tale il diritto di servitù del vicino che il proprietario non può più usare del suo terreno che a titolo di stillicidio. Questo è lo stato della giurisprudenza delle nostre corti su tale argomento. Dicono infatti le decisioni della Corte di Casale 2 febbraio 1864 (*Bett.* XVI, 106) e 4 aprile 1868 (*Giurisprud.* V, 43) e quella della Corte di cassazione di Torino 12 febbraio 1864 (*Giuris.* I, 68) che la presunzione di cui qui si tratta può essere distrutta da una prescrizione centraria ed in ispecie da quella risultante dal possesso pubblico e pacifico del vicino (1).

Merita inoltre di essere ricordata la decisione della Corte di cassazione di Torino del 2 gennaio 1864, colla quale si considerò distrutta la presunzione che fosse proprietario dell'area soggetta lo stesso che lo era del tetto, dalla circostanza che la lista di terreno sottostante alla gronda formava un sol tutto con la corte del vicino, e questa chiusa da ogni parte, impediva al proprietario di accedervi.

È superfluo avvertire che trattandosi di dovere colla prescrizione acquistare il diritto di servitù sullo spazio, cioè su un immobile, questa dovrà essere prescrizione trentennale.

---

(1) Anche il Ricci è di questo parere. Egli dice: « contro questa presunzione, « allegata dal proprietario della tettoia, può l'altro far valere la prescrizione, che « è uno dei modi con cui la proprietà si acquista. Laonde se lo spazio sottoposto « alla mia tettoia sia stato coltivato per oltre 30 anni dal vicino, il quale ne ha « sempre percetto i frutti, esso può reclamare la proprietà in forza di prescrizione, « la quale però è soggetta alla servitù di stillicidio già costituito.
Ricci, *Corso teorico-pratico di Diritto Civile.* Vol. II, Capo VI, n. 347.

Ad evitare pertanto ogni possibile questione sarebbe opportuno che il proprietario del fondo superiore si facesse consegnare dal proprietario vicino un titolo col quale questi gli riconoscesse la proprietà dello spazio. In ogni modo prima di decidere questioni di tal fatta converrà bene conoscere come sia concepito il titolo costitutivo e da questo desumere l'intenzione delle parti.

Alla disposizione dell'art. 591 si può del resto derogare o per titolo o per destinazione del padre di famiglia o per prescrizione anzi le leggi civili napoletane, riproducendo l'articolo 631 del codice francese, vi aggiunsero le parole « a meno che non siasi costituita una servitù » (602); ed in tal modo hanno una volta di più confermato la regola che i privati ponno derogare allo stabilito dalla legge, sempre quando non si tratti di disposizione d'ordine pubblico. Saggiamente tal frase non si accolse dal nostro legislatore per non ripetere un principio generale di diritto.

Altro modo con cui si acquisterebbe il diritto di stillicidio o quello della *servitus fluminis recipiendi* sarebbe la prescrizione.

Tutti questi mezzi di acquisto erano conosciuti anche dai Romani: essi infatti per convenzione davano perfino origine alla *servitus stillicidii non avertendi* e a quella *fluminis non recipiendi*; servitù le quali altro non erano che una deroga fatta dai privati alle restrizioni della proprietà portate dagli usi locali. V. Windscheid, *Pandekten*, I, § 511, pag. 600, nota 11, citato da Serafini, *Istituzioni* ecc. I, pag. 209, 3.ª edizione: « urbanorum praediorum iura talia sunt: . . . . stillicidii avertendi in tectum vel aream vicini aut non avertendi » (L. de serv. praed. urban. D. 8, 2).

Le servitù convenzionali contrarie non sono che una conseguenza di alcune necessità industriali che hanno talvolta i proprietari, che li costringono, non solo a non permettere che le loro acque vadano a perdersi, ma ancora a fare in modo di potere ricevere nei loro fondi quelle dei vicini. Ecco la *servitus stillicidii non avertendi* di cui il Vinnio, § 1, *Instit. de serv. urb.*

L'altra servitù porta nome diverso poichè si riferisce a maggior quantità d'acqua. In questi casi dice Duranton (vol. 3, n. 507, 508, 509), il proprietario inferiore costituisce in suo vantaggio una nuova servitù sopra il fondo superiore.

Un altra elegante questione era considerata dai Romani: è Ulpiano che ne parla: « An possit » si domanda: « aquae pluviae arcendae agi, si vicinus opus fecerit ne aqua quae alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit » risponde che no, giacchè era scopo di detta azione l'evitare i danni, non il procurare vantaggi.

Il codice austriaco riproduce tale responso al § 476 n. 12; ivi è detto: « di non deviare lo stillicidio della casa propria del

« fondo del vicino a cui può essere utile per irrigare il suo « orto, empiere la sua cisterna o per altro oggetto ». Del resto anche tale divieto, sia al tempo dei Romani, sia a quello della legislazione austriaca poteva essere distrutto con una servitù convenzionale (Caepolla, *Tract. serv. urb.* 28 e 29). Il nostro codice non ne parla, come non accenna in verun modo a nessuna convenzione su tale argomento, che si può concludere del resto in base a generali principii.

Trattandosi ora di servitù convenzionale attiva o di convenzionale passiva si chiede come possano qui trovare applicazione le regole delle servitù, sancite negli articoli 645 e 646 del codice civile.

Potrà il proprietario del fondo servente, obbligatosi a soffrire in questo lo stillicidio, cercar di alleviare la sua condizione, sia usando a suo vantaggio delle acque che a lui pervengono, sia regolando il loro corso in modo da non risentirne niun danno?

Nulla impedisce di agire così quando non ne sia danneggiato il proprietario del fondo dominante.

Al contrario questi non può in verun modo cercare di migliorare le sue condizioni, di aggravare il fondo serviente. Gli è quindi impedito di abbassare lo stillicidio, il che produrrebbe più veemente la caduta dell'acqua dal tetto; può invece alzarlo, chè così gioverebbe al vicino. Il proprietario di una fabbrica non può neppure, e sempre allo scopo di non aggravare la servitù di cui gode, cambiare il modo dello stillicidio, raccogliendo e facendo cadere l'acqua dal tetto per canali; nè se prima si immetteva l'acqua per un canale, immetterne per più e neppure mediante nuove opere immetterne maggiore quantità, (Corte d'appello di Casale 25 ottobre 1884; Nizza 22 febbraio 1859; B. N. 217).

Potrebbe poi il proprietario d'una casa, soggetta a servitù di stillicidio a favore del vicino, innalzarla oltre il livello della casa dominante e per tal modo rivolgerne altrove lo stillicidio per esempio sulla pubblica via? Evidentemente ciò gli è vietato dall'art. 645 del cod. civ. Non può dipendere dalla sua volontà di liberarsi da una servitù legalmente acquistata dal vicino (*Gior. delle leggi* 1872, p. 7).

L'art. 591 parla da ultimo di regolamenti particolari che potrebbero esistere per determinare il modo col quale le acque dei tetti devono scolare sulla pubblica via.

Son questi i regolamenti particolari di ornato che si ponno da ogni comune emanare in base all'art. 67 del regolamento di legge amministrativa, comunale e provinciale.

Art. 67. « I Comuni ponno con regolamenti di polizia urbana: 5.° determinare gli obblighi dei privati in ordine alla sistemazione e conservazione dei canali di spurgo e di scolo, dei selciati, fossi e stillicidi, sui luoghi pubblici, fissando la competenza passiva per tali spese ».

Del resto l'uso moderno di mettere i condotti nell'interno del muro, di canalare le acque, come dice il Borsari, fa sì che in generale nelle nostre città le acque dei tetti scolino senza che nulla ne apparisca, nelle pubbliche vie.

Avv. Giuseppe Leoni.

APPENDICE VI.

Trattandosi di servitù discontinua, non si ammette l'azione possessoria di manutenzione, se non si provi che la servitù è stabilita per titolo.

L'art. 617 del codice civile distingue le servitù continue dalle discontinue. Continue sono quelle il cui esercizio è o può essere continuo senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidii, i prospetti ed altre simili. Discontinue sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passare, di attinger acqua, di condurre le bestie al pascolo e simili (1). Le prime, quando siano apparenti, si stabiliscono in forza di un titolo, o colla prescrizione di trent'anni, o per la destinazione del padre di famiglia. Le seconde, siano o no apparenti, non possono stabilirsi che mediante un titolo. Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle (articoli 629 e 630).

---

(1) Vogliamo qui ricordare un importante studio dell'avv. G. Grossi, pubblicato nell'*Archivio giuridico* (Vol. X, p. 599 e segg.), sul giusto criterio per distinguere a dovere le servitù prediali chiamate nei codici moderni *continue* e *discontinue*. Il Grossi opina che il Diritto romano, questa miniera inesauribile di sapienza giuridica, deve guidarci a rettificare il linguaggio dei codici moderni. Ei quindi, sulle orme del Diritto romano, così distingue le servitù *continue* dalle *discontinue*: « Sono servitù continue quelle, l'obbietto delle quali, comunque posto dal padrone del fondo dominante in azione, opera per legge di natura; se invece questo oggetto o l'utile che ne deriva addimanda per conseguirlo il fatto continuato dell'uomo, la servitù sarà discontinua ». — Secondo il Fachineo (*Controv. jur.*, Lib. VIII, cap. 22): « Est communis veterum doctorum distinctio: aut servitus habet causam perpetuam vel quasi, quia scilicet ad eam non requiritur semper factum hominis continuum, veluti servitus aquaeductus; aut non habet causam perpetuam vel quasi, quia scilicet requiritur semper factum hominis continuum et successivum, veluti servitus itineris ».

La prescrizione adunque non può fare acquistare una servitù discontinua. E ragionevolmente. A prescrivere è necessario un possesso legittimo; e perchè il possesso sia legittimo, deve riunire sei requisiti enumerati nell'art. 586: « Il possesso è legittimo quando sia continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tener la cosa come propria ». La continuità e la non interruzione non possono avverarsi per le servitù discontinue.

L'art. 694, per l'esercizio dell'azione di manutenzione, richiede il possesso *legittimo* da oltre un anno. Il codice italiano su tal punto non ha seguìto il diritto romano, che distingueva il possesso *ad usucapionem* dal possesso *ad interdicta*. I requisiti del primo doveano essere assoluti; quelli del secondo potevano essere relativi: « nec vi, nec clam, nec precario *alter ab altero* possidetis ». In altri termini, giusta il sistema accolto dal codice, i vizii del possesso vogliono esser considerati nei rapporti universali, e non già nei soli rapporti dei contendenti, come era per diritto romano.

Or, richiedendosi il possesso legittimo per la manutenzione, quando si tratti di servitù discontinua non può ammettersi la suddetta azione dal magistrato se non allora che si presenti un titolo *ad colorandam possessionem*. In mancanza di questo titolo, non può ordinarsi la prova del possesso.

« L'art. 630 del codice civile, disse la Corte di cassazione di Roma, dichiara che le servitù discontinue, quale si è quella di passaggio sul fondo altrui, non si stabiliscono che mediante un titolo, e che il possesso, benchè immemoriale, non basta a stabilirle. Ciò significa che il possesso che si esercita in ordine a quelle servitù non ha i caratteri di quel possesso, per cui si può col tempo acquistare un diritto; ma che si presume esercitato precariamente ed a titolo di buon vicinato e di tolleranza. Questa presunzione non può distruggersi che mediante la produzione di un titolo, nel qual caso presentandosi l'attore in giudizio armato di una presunzione prevalente, e conforme, fino a prova contraria, al disposto della legge, può chiedere ed ottenere la manutenzione in possesso della servitù, pel tempo che è necessario a discutere e definire la solidità del titolo di cui è munito. Ciò essendo, è evidente, che all'infuori di questo caso non si dà manutenzione in possesso nelle dette servitù, perchè l'art. 694 del codice civile pone a base dell'azione che accorda, un possesso legittimo. Questa dottrina, e l'interpretazione che si è data finora dalla giurisprudenza ai citati articoli 630 e 694 è così notoria e costante che non ammette dubbio » (1).

---

(1) Sentenza del 21 aprile 1876; *Campidelli c. Beccari.* — V. *Annali di giurisprudenza italiana*, anno 1876, P. I, p. 291.

Quando invece si procede non già in via di manutenzoine, ma sibbene in via di reintegranda, poichè questa mira alla restituzione di un possesso, *qualunque esso sia* (art. 695), si deve ammettere lo sperimento dell'azione, anche trattandosi di servitù discontinua sfornita di titolo (1).

La Corte di cassazione di Roma, nella sentenza superiormente riferita, notava che allora soltanto puossi concedere l'azione di manutenzione in materia di servitù discontinua, quando si presenti un titolo che valga a distruggere la presunzione di esercizio precario ed a titolo di buon vicinato e di tolleranza. Questo concetto è esattissimo. Il caso contemplato dalla Corte è uno di quelli in cui si permette al giudice di valutare i titoli nel giudizio possessorio *ad colorandam possessionem.* Vi sono ancora altri casi in cui, pel medesimo scopo, si permette al giudice tal valutazione. Ne ricordiamo due: quello dell'attore in manutenzione, il quale, per compiere la prova del possesso annale, deve unire al proprio possesso quello del suo autore, in virtù del capoverso dell'art. 693 codice civile; l'altro del convenuto in manutenzione, che vuol provare il vizio di proprietà da cui è maculato il possesso dell'attore. In questi due casi è di necessità imprescindibile il far ricorso al titolo; il quale, nel primo caso, dimostrerà la trasmissione dell'immobile nell'attore, e nel secondo il fatto giuridico che precariamente ha posto l'immobile nella detenzione materiale di colui che agisce in via di manu tenzione.

APPENDICE VII.

L'azione di turbativa in rapporto alle servitù prediali

Il codice civile italiano a somiglianza delle altre legislazioni ammette l'azione di turbativa per la manutenzione del possesso legittimo annale degli immobili e dei diritti reali. Fra questi la scuola e la giurisprudenza hanno sempre annoverate le servitù prediali, definite diritti reali immobiliari dalla legge medesima. L'applicazione però dell'azione di turbativa ai diritti di servitù dà luogo ad uno studio speciale diretto a coordinare i principii

---

(1) Corte di Cassazione di Napoli; sentenza del 22 dicembre 1834; *Piscicelli c. Sacchetta.* — V. *Annali di giurisprudenza italiana,* anno 1875 P. I. p. 64.

regolatori di quell'azione con i principii che governano la materia delle servitù. Ed è questo studio appunto che noi tentiamo di fare colla presente monografia, esponendo i punti più interessanti, e disaminando le principali questioni che si riferiscono alla materia.

Cominciamo dalle servitù discontinue.

I. L'art. 630 del nostro codice civile dispone: le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi che mediante un titolo. Il possesso, benchè immemorabile, non basta a stabilirle. Alcuni giureconsulti francesi, fra i quali il Demante, il Delvincourt, il Duranton, pretesero interpretare l'art. 691 del codice Napoleone, uniforme al nostro art. 630, insegnando che il motivo per cui in fatto di servitù discontinue il possesso anche immemorabile non bastasse a stabilirle, stava in ciò che il possesso di tale servitù è sempre discontinuo e clandestino.

Ciò è del tutto falso. Il possesso delle servitù discontinue può benissimo esser continuo, tuttochè esercitato ad intervalli, non altrimenti che il possesso di qualunque altro diritto reale-immobiliare. Difatti, checchè se ne dica in contrario, la continuità del possesso non dipende che dalla costante volontà di possedere, dalla permanenza dell'animo di tener la cosa come propria, per forma che possesso continuo è il possesso conservato, è quel possesso che si è sempre ritenuto colla sola volontà, è quel possesso il cui elemento intenzionale, l'*animus rem sibi habendi,* non è mai cessato per volontaria abdicazione del possessore. Deriva da ciò che se la natura di un diritto è tale che questo non possa esercitarsi che ad intervalli, e però il possesso di questo diritto non possa necessariamente manifestarsi in altro modo che ad intervalli, come è il diritto di legnare in una selva cedua destinata a tagli periodici, il diritto di attingere acqua, o di passare in epoche determinate, voi non potete negare il possesso continuo di questi diritti semprechè vi consta il possessore non aver mai abbandonata la volontà di possedere a titolo di proprietario.

Questa dottrina insegnata da moltissimi scrittori francesi, e seguìta pure presso di noi, fu la dottrina del Fabro, il quale disse queste memorabili parole: *Jurium incorporalium quasi possessio in actibus discontinuis et inducitur et probatur per duos actus uniformes* (cod. lib. 7, tit. 7, def. 3). La Cassazione di Francia con arresto del 5 giugno 1859 riportato dal Dalloz, disse in proposito: « Il possesso si esercita secondo la natura « delle cose a cui si applica. Il possesso che non può mani- « festarsi che a certi intervalli con fatti distinti più o meno « separati segue ad essere continuo purchè venne esercitato « in tutte le occasioni e in tutti i momenti in cui doveva es- « serlo, e non è stato interrotto sia dalla assoluta cessazione « degli atti, sia da atti contrari e derivanti da terzi ».

Che poi il possesso delle servitù discontinue possa esser pub-

plico, è cosa facile il dimostrare. La pubblicità del possesso consiste nella possibilità assoluta di essere il possesso conosciuto: il possesso è pubblico quando gli atti che lo costituiscono non sono sottratti mercè raggiri, ed artifizii, agli occhi del proprietario interessato per guisa che costui lo conosce, o è in grado di poterlo conoscere. Ora, perchè mai il possesso delle servitù discontinue sarebbe sempre clandestino? Quando la servitù discontinua è apparente, le opere esterne visibili e permanenti mercè le quali essa si esercita, rivelano in modo sicuro l'esercizio del possesso, o quanto meno, mettono in grado il proprietario interessato di conoscere siffatto possesso, e ciò basta perchè questo possesso sia pubblico. Ed anche quando la servitù non è apparente il possesso di essa può esser pubblico. Non è egli possibile, infatti, anzi facile che il proprietario del fondo servente conosca gli atti della servitù? Donde mai si farebbe derivare l'impossibilità assoluta che questo proprietario abbia conoscenza di quelli atti? Il dire pertanto che il possesso delle servitù discontinue è di sua natura clandestino, è un errore manifesto. Se così è si vede chiaro che la interpretazione data all'art. 691 del codice francese è del tutto inesatta, come quella che assegna a quel testo di legge un fondamento che esso non può avere, e che però il legislatore non intese di dargli.

Tutto ciò non si tardò molto a comprendere dagli altri giureconsulti, e però si tentò una diversa interpretazione dell'articolo 691, la quale ci pare perfettamente consona ai savi principii del diritto. Fu insegnato che l'essere il possesso, anche immemorabile, delle servitù discontinue insufficiente a stabilirle, dipende unicamente dal che tale possesso è di sua natura infetto del vizio dell'equivocità per essere le servitù discontinue, non costituite da titolo, presunte semplici atti di tolleranza: quindi la imprescrittibilità delle servitù discontinue, secondo questa dottrina, si fa derivare dalle stesse ragioni di ordine pubblico, di sociale tranquillità, per le quali gli atti facoltativi, e quelli di semplice tolleranza non possono servir di fondamento all'acquisto del possesso legittimo. Questa teoria fu sostenuta dal Tribuno Gillet in un discorso pronunziato il 10 piovoso, anno 12, nel presentare al Corpo legislativo il titolo delle servitù: fu seguìta dal Proudhon, dal Ferrière, dal Toullier, dal Belime e da altri; ed oggi è generalmente seguìta in Italia, benchè non manchi esempio in contrario (1).

Da questa teoria discende come legittimo corollario la inammissibilità dell'azione di turbativa in tema di servitù discontinue, imperciocchè il possesso capace di dar luogo all'avvisata azione è il solo possesso legittimo, a mente degli articoli 686 e 694 codice civile ed intanto per la teoria di cui ci occupiamo, il

(1) Borsari, *Comm.o l'art. 360.*

possesso delle servitù discontinue è possesso illegittimo. Sono verità giuridiche incontrastabili, e per fermo: il possesso suscettibile dell'azione in manutenzione è lo stesso identico possesso capace di ingenerare la prescrizione, avvegnachè l'art. 694 richiede per lo sperimento dell'azione in discorso il possesso legittimo, e l'art. 2106 richiede il possesso legittimo per acquistare mediante prescrizione. Il possesso legittimo poi è uno ed identico in ogni caso, in ogni materia, ed è quello che riveste i caratteri designati nell'art. 686, di guisa che in questo stesso articolo si appuntano entrambe le disposizioni degli articoli 694 e 2106. E poichè il possesso delle servitù discontinue non è legittimo ai sensi dell'art. 686, e però non può dar luogo a prescrizione acquisitiva pel categorico disposto dell'art. 630, così ne segue che tal possesso è insuscettibile dell'azione di turbativa.

La dottrina contraria, cioè che il possesso manutenibile sia diverso dal possesso per prescrivere, potè a stento far capolino nella scuola francese. Infatti il codice Napoleone, parlava del possesso là dove trattava della prescrizione, e coll'art. 2229 richiedeva per la prescrizione un possesso che rivestisse gli stessi caratteri della legittimità specificati nel nostro art. 686; vi era poi nel codice di procedura civile l'art. 23 il quale richiedeva per l'azione possessoria un possesso pacifico, e non precario. Di qui surse la questione se per l'azione possessoria bisognasse un possesso avente tutti i requisiti designati dall'art. 2229 del codice civile, ovvero bastasse un possesso semplicemente pacifico e non precario. Di quest'ultima opinione fu il Savigny nel suo trattato sulla *Competenza Amministrativa*, e potè quindi conchiudere che il possesso manutenibile non fosse lo stesso che il possesso per prescrivere (tom. 2, numero 695). Questa opinione però fu ripudiata dalla maggioranza degli scrittori.

Nella nostra legislazione civile, il titolo del possesso non fa più parte del trattato della prescrizione, e forma un titolo a sè: il nostro codice di procedura civile non si occupa dei caratteri del possesso manutenibile, avendovi provveduto il codice civile, e qui, come si è visto, l'art. 686 definisce il possesso legittimo, e gli articoli 694 e 2106 convergono in esso. Dunque allo stato della nostra legislazione la teorica del Savigny è inammissibile, e quei pochi scrittori che ancor la ripetono, fra i quali ci duole di vedere il Borsari, sì profondo in materia di diritto comparato, non fanno che rinnegare il sistema del codice italiano, evocando reminiscenze del diritto francese.

Ma già, anche a volere accettare, la opinione del Savigny, nello stesso diritto francese, l'azione di turbativa si manifesta inammissibile per le servitù discontinue. E di vero, secondo quella opinione, il possesso manutenibile sarebbe quello designato nell'articolo 23 del codice di procedura civile, cioè un possesso pacifico e non precario. Ora il possesso delle ser-

vitù discontinue è sempre precario perchè di pura tolleranza, secondochè di sopra si è esposto; dunque a tal possesso non può adirsi l'azione di turbativa. Se così è per diritto francese, come ritenere il contrario di fronte al sistema del codice italiano?

Ed ora giova elevarci a maggiore altezza dei principii, e dimostrare a final conferma della nostra tesi come la stessa discenda direttamente, ed a rigor di logica dall'indole stessa, dallo scopo dell'istituto delle azioni possessorie.

Il possesso legittimo è un fatto che, posteriore logicamente e cronologicamente al diritto di proprietà, è la manifestazione di questo diritto e, come dice il Borsari, sviluppando l'analogo concetto di Ihering, la perfezione della proprietà rispetto al termine economico rappresentando la completa utilità di esso. Il possesso legittimo è un fatto positivo e permanente che, mercè gli atti onde si viene affermando, rivela il diritto di proprietà, il quale astratto e confinato nel campo delle idee giuridiche passa mercè quegli atti nel mondo esteriore, e addiviene concreto. E questo diritto si rivela dal possesso per forza di una presunzione logica, irresistibile a quella guisa che, al dire del Ihering, la cosa stessa mediante lo stato nel quale si trova annunzia il suo rapporto col possesso. Perchè? Perchè la mente del fatto noto, risale con processo induttivo al fatto ignoto, quando tra l'uno e l'altro esiste un rapporto di causa e di effetto, di sostanza e di forma. E questo rapporto appunto intercede tra la proprietà e il possesso; la proprietà è la causa, la sostanza; il possesso è l'effetto, la forma.

I modi di esercizio di un diritto, quando vengono tradotti in atto, rivelano il diritto che si esercita; poichè, dato l'effetto, non si può negare la causa, siccome, dato il fenomeno, non può sconoscersi la forza che lo ingenera. E di fronte ai fatti costituenti esercizio di un diritto, di fronte all'effetto, al fenomeno, la mente corre spontanea all'idea del diritto che corrisponde a quei fatti, della causa che corrisponde a quell'effetto, della forza che corrisponde a quel fenomeno. È la legge dell'associazione delle idee che si realizza col processo dell'induzione poggiata sul rapporto, che unisce l'esercizio del diritto al diritto esercitato, lo effetto alla causa, il fenomeno alla forza produttrice.

Or se il possesso è l'esercizio del diritto di proprietà, come negare che il possesso fa presumere la proprietà? Se il negate, se dite che alla vista del possesso non vi sorge spontanea in mente l'idea della proprietà, voi direte una proposizione alla quale si ribella la vostra coscienza giuridica, alla quale si oppone la natura stessa del possesso, la quale nega il vincolo esistente tra il possesso e la proprietà. E così, restringendovi a guardare il possesso nella sua manifestazione obbiettiva, nella sua condizione materiale, voi togliete al possesso tutta la sua giuridica sublimità, voi materializzate il concetto giuridico del possesso.

Questa presunzione di proprietà che nasce dal possesso è la base fondamentale dell'istituto dell'azione di turbativa. Il diritto di proprietà è sacro ed inviolabile, come inviolabile e sacra è la natura da cui deriva, e la personalità umana cui inerisce: e la legge civile, chiamata a tutelare i diritti dei cittadini, circonda il diritto di proprietà di speciali guarentigie.

Deriva da ciò che anche il possesso, manifestazione estrinseca e concretizzazione del diritto di proprietà, ha bisogno di guarentigie speciali, poichè se vuolsi il fine debbono volersi i mezzi, se vuolsi garentire il diritto è giuocoforza garentire i mezzi, ed i modi necessari all'esercizio del diritto. Così il possesso che è il modo onde si esercita il diritto di proprietà va con questo di pari passo, ed ottiene dalla legge le necessarie guarentigie, e le ottiene per ciò appunto che è la realizzazione della proprietà, ed in grazia appunto della proprietà che fa presumere di modo che può dirsi con una formola sintetica, la quale in sè compendia gli esposti principii che la legge garentisce il possesso per garentire la proprietà presunta. Ora fra le diverse guarentigie che la legge accorda al possesso, primeggia per la energia che in sè contiene e per la efficacia nel raggiungere lo scopo di difendere la proprietà presunta, l'istituto dell'azione di manutenzione, la quale richiede il possesso legittimo, poichè dal complesso dei caratteri costituenti la legittimità emerge più evidente, più seria la presunzione di proprietà.

Non ignoriamo che a spiegare la genesi, la portata ed il fondamento giuridico dell'istituto in discorso, diversi altri sistemi si son proposti con larghezza di studi, con profondità di critica, in Italia e fuori, specialmente in Germania; ma noi non possiamo qui discendere all'esame di questi diversi sistemi, poichè ciò ne menerebbe troppo lungi dal nostro soggetto, e specialmente dai limiti di una semplice monografia.

Ritenuto pertanto il sistema da noi adottato, chi non vede come la inapplicabilità dell'azione di turbativa, per una conseguenza immediata e legittima di quel sistema, sia troppo chiara in materia di servitù discontinue? Sì certamente: se il possesso delle servitù discontinue è illegittimo perchè precario e di pura tolleranza, e come tale è insufficiente ad indurre la prescrizione, se questo possesso non può far presumere la proprietà, poichè non vale a stabilirla, se la legge in tanto accorda l'azione di turbativa al possesso legittimo dei diritti reali in quanto essa tende mercè quella azione a garentire la proprietà presunta, è conseguenza logica di tutto ciò la inammissibilità dell'azione di turbativa in tema di servitù discontinue. Il contrario sarebbe una contraddizione flagrante, mentre la legge nel tempo stesso che nega al possesso delle servitù discontinue la efficacia di creare e quindi di far presumere la proprietà, accorderebbe a tal possesso un'azione tendente a garentire la proprietà presunta. E sarebbe pure un assurdo ed una oziosità,

mentre si garentirebbe la presunzione di proprietà dove la proprietà stessa non è garentita nella sua sostanza e nei suoi effetti.

II. Tutti codesti principii finora svolti cessano di essere applicabili, e però l'azione di turbativa si rende ammissibile, quando la servitù discontinua è costituita da un titolo. In siffatto rincontro il proprietario del fondo dominante ha acquistato legalmente il diritto, ha la coscienza di esserne completamente ed irrevocabilmente investito, e però egli possedendolo lo possiede con animo di tenerlo come proprio, e questo *animus domini* trasparisce al di fuori con tutta la forza dell'evidenza, poichè la prova, il fondamento più serio dell'*animus domini* è precisamente il titolo costitutivo del diritto, e ciò fa che il possesso sia non equivoco e legittimo. D'altra parte il proprietario del fondo servente nella esistenza di un titolo costitutivo della servitù non può ignorare, o si presume che non ignori il titolo, il quale non può partire che da lui o dai suoi autori, specialmente quando si rifletta alla formalità della prescrizione. Quindi è che se egli soffre l'esercizio della servitù non è già che il faccia per tolleranza, per spirito di famigliarità, per dovere di buon vicinato, ma il fa perchè obbligato dal titolo e dalla legge che lo costringe a rispettare il titolo. Per la qual cosa lo esercizio della servitù discontinua a base di un titolo non può essere atto facoltativo, o di mera tolleranza, e perciò il possesso che ne risulta è pienamente legittimo e manutenibile.

III. Ma qual'è il titolo costitutivo della servitù discontinua, capace di aprir l'adito all'azione di turbativa? Per titolo costitutivo della servitù discontinua deve intendersi un contratto formato con atto pubblico o scrittura privata secondo il combinato disposto degli articoli 630 e 1314 del codice civile tra il proprietario del fondo in cui favore la servitù è costituita e quello del fondo su del quale la servitù viene imposta. Il titolo può essere ancora un testamento fatto con tutte le solennità dalla legge richieste dal proprietario del fondo servente; e può da ultimo consistere in un documento pubblico o privato, il quale contenga la ricognizione della servitù e provenga ugualmente dal proprietario del fondo servente (art. 634). Da ciò segue non potere il titolo di cui ragioniamo consistere nella dichiarazione che siasi inserita in un contratto di vendita che il fondo venduto si trovi insignito della servitù e che tal diritto debba passare nel compratore. Cosiffatta dichiarazione invero nè corrisponde alla mente dell'art. 630, che richiede un titolo che dia vita alla servitù, nè costituisce l'equipollente ammesso dall'articolo 634. Qualunque però sia il titolo della servitù, è d'uopo che esso si presenti chiaro, e preciso in quanto alla costituzione del diritto: ove sia oscuro e di dubbia interpretazione, in modo tale che la costituzione della servitù non ne risulti evidente, il possesso sarà sempre illegittimo, avvegnachè nel

dubbio sulla esistenza della servitù bisogna decidere per la libertà del fondo, e quindi al possesso tenuto della dubbia servitù è inerente la presunzione di tolleranza da parte del proprietario del fondo servente. Ecco come in proposito si esprime la Cassazione di Torino in un arresto del 12 maggio 1878: « Attesochè nell'interesse dell'ordine e della buona armonia tra vicini il titolo si è la condizione indispensabile perchè possa esercitarsi l'azione possessoria, ed è necessario che l'atto che si sottopone all'esame del giudice presenti in modo chiaro da non lasciar luogo a dubbi sui veri caratteri del titolo costitutivo di servitù. Imperocchè se a chiarirlo occorre interpretare le singole clausole, e sulla interpretazione di queste si versino le eccezioni delle parti, esso manca di efficacia contro la presunzione di precarietà che rende controverso il possesso. Nè al giudice del possessorio annale è permesso reputare simile non esplicito documento come costitutivo di diritto per sostituire, neppure in via provvisoria all'invocato possesso di fatto una presunzione di legittimità. Ed invero l'esaminare e risolvere una questione sulla interpretazione ed applicazione da darsi a un titolo, sebbene in via provvisoria ed in giudizio possessorio, è sempre una questione di merito di esclusiva competenza del giudice petitorio ».

IV. Quando il titolo costitutivo della servitù discontinua sia impugnato di nullità, il possesso può dirsi legittimo? E che cosa è tenuto a fare in questa ricorrenza il giudice del possessorio chiamato a mantenere nel possesso della servitù colui che ne venne turbato? Noi crediamo che nella supposta ipotesi il possesso debba sempre dichiararsi legittimo. Infatti la nullità non toglie mai la sua forza giuridica al titolo finchè essa non ne venga in giudizio riconosciuta e dichiarata: il titolo, anche nullo, produce tutti i suoi effetti giuridici fino alla formale dichiarazione di nullità, e soltanto dopo siffatta dichiarazione ei cessa di produrre conseguenze giuridiche come quello che viene per effetto della dichiarata nullità a perdere la sua validità legale. Posto ciò, è chiaro che anche impugnato di nullità il titolo costitutivo della servitù discontinua, il possesso della servitù che su di esso si fonda resta legittimo fino a che la nullità non sia riconosciuta e dichiarata. D'altronde, faremo noi dipendere da un semplice attacco di nullità, che può essere il portato di una cavillosa e subdola difesa, la illegittimità del possesso? Ma allora metteremmo in balìa di colui il cui fondo è soggetto alla servitù il mezzo facile e comodissimo di far dichiarare illegittimo il possesso, e rigettare la istanza di manutenzione.

In conseguenza di questi principii noi riteniamo che in pratica, allorquando il titolo costitutivo della servitù, nel cui possesso si domanda di essere mantenuto, sia dal convenuto redarguito di nullità, il giudice del possessorio non debba soffermarsi all'attacco di nullità, e senza però discendere ad esa-

minare se il titolo impugnato sia valido o realmente nullo, debba mantenere nel possesso colui che ne venne turbato. È chiaro che il giudice del possessorio non può discendere a questo esame di merito, di cui è competente il solo giudice del petitorio; facendolo ei verrebbe evidentemente a violare il sommo principio che vieta il cumulo del possessorio col petitorio. Nè approda il dire che al giudice del possessorio è lecito esaminare il titolo allo scopo di giudicare su' caratteri del possesso, o, come dicono, *ad colorandam possessionem:* ciò è vero, ma ciò deve intendersi in un senso abbastanza ristretto, nel senso cioè che il giudice del possessorio può delibare il titolo, può esaminarlo sommariamente soltanto, e non mai giudicarlo, per forma che la sua sentenza, ristretta, il titolo al possessorio, non intacca menomamente il titolo su cui perciò le parti possono contendere innanzi al giudice del petitorio. Ma nel caso in esame, ove il giudice del possessorio discenda ad esaminare se il titolo impugnato sia valido o realmente nullo, ei non è già che deliba ed esamina sommariamente il titolo, ma ei viene a fare molto di più, ei viene cioè a toccare profondamente il merito del titolo, ei viene a giudicarlo, a risolvere la questione della nullità, e per conseguenza a prevenire il giudizio di merito, che è devoluto alla competenza del giudice del petitorio, e ad usurpare le attribuzioni esclusive di questo giudice. La sua sentenza non si arresta al possessorio, non lascia intatto ed illibato il titolo, ma lo inficia, lo pregiudica, e questo è precisamente ciò che si chiama cumulare il possessorio col petitorio.

Ritenuto adunque che il giudice del possessorio non deve, non può prendere in esame il titolo, non può risolvere e nemmeno pregustare la questione di nullità del titolo; se egli deve sulla domanda di colui che vuol ecsere mantenuto nel possesso della servitù, dare i provvedimenti di giustizia, e se son veri i principii dinanzi esposti, pei quali la legittimità del possesso riman ferma anche di fronte all'attacco di nullità del titolo, che altro rImane a fare al giudice del possessorio se non dichiarare legittimo il possesso, e mantenere in esso colui che ne fu molestato? E con ciò la questione di nullità, questione tutta di merito, resta impregiudicata: su di essa sorvola la sentenza possessoria, la quale mira al solo fatto del possesso e della turbativa, e quella questione sopravvive al giudizio possessorio, potrà comparire in tutta la sua verginità innanzi al giudice del petitorio, e dopo il pronunziato di questo giudice o rimarranno salvi o si dissolveranno gli effetti del giudizio possessorio, secondochè il titolo della servitù sarà dichiarato valido, ovvero sarà annullato.

Taluni scrittori han proposto pel caso di cui ci occupiamo, un diverso sistema, volendo che il giudice del possessorio abbia a dichiarare la sua incompetenza. Noi noi sappiamo accettare un tal sistema di fronte ai veri principii che informano la materia della competenza.

Non è possibile infatti, fuori dei casi eccezionali, tassativamente stabiliti dalla legge, ammettere che il convenuto abbia il modo di spostare con le sue eccezioni la competenza del magistrato innanzi cui è tradotto. La competenza di regola si determina dalla domanda, dalla natura dell'azione istituita; e sol quando in questa domanda, in questa azione rinviensi implicitamente contenuto il germe della incompetenza, questa potrà essere dichiarata sulle analoghe eccezioni del convenuto, o d'ufficio secondo i casi. Ciò in tesi generale. In tema però di giudizio possessorio è più strano e illegale l'ammettere che le eccezioni del convenuto tendenti a cambiar la natura dell'introdotto giudizio e portarlo sul terreno del petitorio aver possano la forza di rendere incompetente il magistrato. Il magistrato non debbe svestirsi delle qualità giurisdizionali onde è dalla legge insignito, nè debbe negar giustizia pronta ed efficacia alle fondate domande di chi a lui ricorre sulla base di vane e capziose eccezioni del convenuto. Nella contraria sentenza che ne sarebbe più dei giudizi possessori? Non resterebbe in balìa del convenuto di eludere la legge e i diritti dell'attore, sottraendo a suo bell'agio l'incoato giudizio alla competenza del pretore sol che accampi una eccezione di nullità creata dalla astuzia di un causidico?

Il Belime propone ancora un diverso sistema, uno dei soliti suoi eclettismi. Egli insegna che in tutti i casi il giudice del possessorio deve prendere in esame il titolo impugnato; se ei vedrà a prima giunta che l'attacco di nullità è infondato e cavilloso, ei senz'altro manterrà l'attore nel suo possesso, se al contrario si convince che l'attacco è in certo modo serio e fondato, ei senz'altro rinvierà le parti innanzi al giudice del petitorio onde risolversi l'accampata questione di nullità, e intanto ritiene a sè il giudizio possessorio.

Avverso questo sistema sorgono spontaneamente due obbiezioni. La prima: che desso lascia interamente all'arbitrio del giudice il giudicare o meno sulla causa possessoria, che il giudice può sempre dire d'essersi convinto della serietà della eccezione o d'essersi convinto in contrario, che insomma il sistema fa dipendere dalle impressioni del giudice l'esito della lite, e fa del suo capriccio l'unica regola. La seconda: che nel caso d'oscurità del titolo, di dubbio sulla nullità, pel qual caso il giudice dovrebbe ritenere a sè la causa possessoria e rinviar le parti innanzi al giudice del petitorio per la risoluzione dell'incidente di nullità, l'andamento è falsissimo. Imperocchè vuoi che il titolo sarà ritenuto valido, vuoi che sarà annullato, a che tornare innanzi al giudice del possessorio? La questione possessoria è risoluta nello stesso tempo. D'altronde, ed è quel che più monta, è violato il principio che il possessorio deve precedere il petitorio, giacchè si verrebbe prima a giudicare del petitorio, e poi del possessorio.

Queste due obbiezioni non sono dissimulate dallo stesso Be-

lime il quale le propone a sè stesso ingegnandosi di confutarle. Ma ei rimane avvinghiato fra le spire della logica inesorabile che le ha dettate, e non riesce a districarsi. Egli infatti risponde alla prima obbiezione dicendo che gli inconvenienti lamentati son veri, ma conviene accettarli perchè inevitabili, siccome accade in parecchi casi di questioni pregiudiziali. Risponde alla seconda obbiezione col desiderio di vedere una riforma legislativa la quale permettesse al giudice del possessorio di rinviare al giudice del petitorio sia la causa possessoria sia l'incidente petitorio, e desse facoltà al giudice di rinvio di decidere cumulativamente e il possessorio e il petitorio.

Ma in quanto alla prima risposta, e perchè mai, di grazia, dobbiam noi esser costretti ad accettare degli inconvenienti serii sol per volere adottare un sistema che non è scritto nella legge, un sistema il quale si oppone manifestamente al sommo principio di scienza legislativa per cui quella legge è ottima, che nulla lascia all'arbitrio del giudice, un sistema infine il quale può benissimo esser sostituito da altro più razionale, più legale e che non dà luogo ad inconvenienti di sorta? Circa la seconda risposta, l'aspirazione del Belime, che qui non torna opportuno di esaminare, potrà forse esser presa in considerazione *in jure condendo,* ma *in jure condito* essa rimane nulla, più che un desiderio, un voto. Laonde le due obbiezioni mosse al sistema di Belime restano in tutta la forza della loro evidenza.

V. *Quid juris* pel caso in cui nella sede del giudizio possessorio il titolo costitutivo della servitù discontinua sia impugnato di falso? Provvede a tale ipotesi l'articolo 1317 del codice, in cui è stabilito che l'autorità giudiziaria può a norma delle circostanze sospendere temporaneamente l'esecuzione dell'atto. Per la esatta intelligenza da darsi a questo disposto legislativo, noi crediamo che il giudice del possessorio non debba mai negarsi a far diritto alla istanza di manutenzione di fronte alla avanzata querela di falso. E per fermo, l'articolo 1317 parla di esecuzione dell'atto che può essere sospesa a norma delle circostanze. Ora, trattandosi di giudizio possessoriale, la sentenza che mantiene l'attore nel turbato possesso della servitù non è già che venga a dare esecuzione al titolo costitutivo della servitù, poichè una vera e propria esecuzione di un titolo può concepirsi fuori del giudizio petitorio, in cui solamente è dato discutere la verità o falsità del titolo e giudicarne la natura. La sentenza possessoriale deliba soltanto il titolo, ma non inficia, non lo giudica, e quindi non pregiudica l'esecuzione del titolo. D'altronde, anche attaccato di falso codesto titolo, la sentenza che accoglie la introdotta azione di turbativa non è in fondo che un provvedimento interinale, provvisorio, diretto a mantenere lo stato delle cose, a sottrarre il possesso agli attacchi del convenuto, stato e possesso che ben debbono considerarsi legittimi fino a che non sia dalla competente autorità giudiziaria dichiarata la falsità del titolo. È sempre bene tutelare quello stato e quel possesso per

non turbare davvantaggio le relazioni delle parti, e prevenire ulteriori discrepanze e più gravi vie di fatto.

VI. Il titolo della servitù discontinua può risiedere ancora nella legge, ciò che accade a proposito di tutte le servitù legali. In tutti i casi in cui si tratti di servitù legali, è chiaro che l'esercizio del diritto non può attribuirsi a pura famigliarità o tolleranza, poichè è la legge stessa quella che accorda tali diritti, ed i proprietarii dei fondi su cui i diritti medesimi si esercitano non possono ignorarlo. Coloro poi che esercitano una servitù legale sanno che la legge a ciò li autorizza, e però esercitano il diritto *animo domini,* ciò che toglie ogni dubbio sul titolo del possesso, essendo chiara la non equivocità dello stesso. Su questi principii si è basata la giurisprudenza e la scuola tanto francese che italiana nello stabilire la massima oramai inconcussa che l'azione di manutenzione è mai sempre ammessibile per le servitù legali, anche discontinue, il cui titolo è riposto nella legge.

VII. Intorno alla servitù legale di passaggio stabilita dall'articolo 593 del codice a favore del fondo interchiuso, proponiamo una interessante questione che ci sembra poter sorgere dal capoverso dell'articolo or citato. È prescritto in esso che la servitù di passaggio deve stabilirsi in quella parte per cui il transito dal fondo circondato alla via pubblica sia più breve e riesca di minor danno al fondo su cui viene concessa. Questo disposto legislativo, secondo la migliore interpretazione data dagli scrittori, è applicabile tanto al caso in cui si tratti di vedere quale tra i diversi fondi circostanti a quello interchiuso sia tenuto a prestare la servitù, quanto al caso in cui, pur essendo certo il fondo soggetto alla servitù, trattisi di vedere in qual punto di esso debba la servitù medesima essere costituita. Ora domandiamo: il possesso della servitù di passaggio sarà sempre legittimo e manutenibile anche quando esso venga esercitato su di un fondo che non riunisce le condizioni volute dal capoverso dell'articolo 593, o su quella parte del fondo servente che non si trova in tali condizioni? Ovvero è legittimo e manutenibile solo nel caso che venga esercitato su quel fondo e su quella parte di esso che si trova nelle prefate condizioni? Questa seconda dottrina ci sembra dovere essere preferita, ed eccone le ragioni. La legge che stabilisce la servitù di passaggio a favore del fondo interchiuso, non la stabilisce in modo indeterminato ed assoluto, cioè su qualunque dei fondi circonvicini, e su qualunque parte di esso, ma la stabilisce in modo determinato e specifico nei sensi di sopra espressi. Se così non fosse, allora sì che il possesso della servitù esercitato su qualunque die fondi vicini, e su qualunque parte di esso, sarebbe sempre legittimo, dappoichè in tal caso il titolo della servitù starebbe sempre nella legge; questa non distinguerebbe tra i diversi fondi circonvicini, nè tra le diverse parti di essi, e di conseguenza, in qualunque modo il proprietarario del fondo interchiuso esercitasse

il passaggio, ei si uniformerebbe sempre alla legge. Ma dal momento che la legge concede la servitù di passaggio in modo determinato e specifico, cioè sotto designate condizioni, è forza ritenere che se il proprietario del fondo interchiuso esercita il passaggio secondo le determinazioni della legge, il suo possesso è legittimo, poichè allora solamente può dirsi che il titolo è nella legge. Ma se all'opposto quel proprietario esercita il passaggio su di un fondo il quale a termini dell'alinea dell'articolo 593, non è soggetto alla servitù, ovvero lo esercita su quella parte del fondo servente che non si trova nelle condizioni volute da quest'articolo, in tal caso il suo possesso non è legittimo, imperocchè desso è manifesta contraddizione della legge. Nel primo caso il proprietario del fondo interchiuso ha la piena coscienza di esercitare un diritto dalla legge garentito, e però il suo possesso riveste tutti i caratteri della legittimità: nel secondo caso egli agisce a capriccio, in controsenso della legge, in lui non vi è più l'*animus domini*, e non resta che un fatto illegale la sua parte, ed una pura tolleranza da parte del vicino, quindi il suo possesso non è mai legittimo e manutenibile, anzi una vera turbativa al possesso del vicino il quale potrebbe reprimerla mercè lo sperimento dell'azione in manutenzione.

Posto ciò, ne sembra che quante volte in giudizio possessorio si contenda sulla legittimità del possesso di una servitù legale di passaggio, non possa *a priori* prendersi un partito sicuro. Converrà ordinare una perizia, accompagnata dall'accesso giudiziale se così richiedessero le circostanze della causa, per assodare se il fondo, sul quale si pretende il possesso legittimo della servitù, si trovi nelle precise condizioni designate nel capoverso dell'articolo 593, e se in tali condizioni trovisi pure quella parte del fondo su cui si sarebbe esercitata la servitù. Quando la perizia risulterà affermativa, il possesso sarà dichiarato legittimo, e sarà ammessa la intentata azione di turbativa; se per converso la perizia sarà negativa, si deciderà in senso contrario.

VIII. La destinazione del padre di famiglia può essere titolo della servitù discontinua, capace quindi di aprir l'adito all'azione di turbativa? È noto che il codice civile francese regolava tutta la materia della destinazione del padre di famiglia negli articoli 692, 693, 694: sono noti i diversi sistemi, e le discrepanti dottrine cui die' luogo la interpretazione di quegli articoli, e come in mezzo a tanta varietà di opinioni la questione proposta venisse diversamente risoluta. Noi però non istaremo qui ad esporre e disaminare le teoriche della scuola francese, poichè ciò non ha presentemente in Italia alcuna importanza per la esatta risoluzione della questione che ne occupa, mentre il sistema è mutato non pure nella locuzione corretta e migliorata, ma nei principii resi più facili e più esatti.

Nel nostro codice civile tutta la teoria della destinazione del padre di famiglia considerata quale titolo costitutivo di alcune

specie di servitù vedesi prospettata nei due articoli 632 e 633 ai quali deve necessariamente rapportarsi il principio generale sancito negli articoli 629 e 630. L'articolo 632 definisce il concetto giuridico della destinazione del padre di famiglia e parla della servitù risultante dallo stato delle cose senza però determinare la specie di siffatta servitù. L'articolo 633 poi stabilisce le conseguenze che derivano dalla destinazione del padre di famiglia in ordine alla servitù risultante dallo stato de' luoghi senza ancor determinare la specie della servitù. Ora tutte le servitù, di qualunque specie esse sieno, possono venir costituite dalla destinazione del padre di famiglia, o alcune soltanto, e quali? Ecco il bisogno di ripiegarsi sulle disposizioni dei precedenti articoli 629 e 630 in cui il legislatore ha manifestato con chiarezza la sua mente, stabilendo che le sole servitù continue ed apparenti, si possono costituire mercè la destinazione del padre di famiglia, e che le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi che mercè un titolo. Il quale titolo va inteso nel senso da noi innanzi spiegato, ciò che emerge dalla semplice lettera dell'articolo 629, il quale non permette di confondere il titolo colla destinazione del padre di famiglia, parlandone come di due modi diversi onde le servitù si costituiscono. Dunque pel nostro códice è più che evidente che le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi mercè la destinazione del padre di famiglia, la quale perciò resta limitata esclusivamente alle servitù continue apparenti. Ecco come sul proposito ragiona il professor Ricci: « Innanzi di esaminare « partitamente le quattro accennate condizioni, dobbiamo av- « vertire che per destinazione del padre di famiglia non possono « acquistarsi se non le servitù che sieno ad un tempo continue « ed apparenti, stantechè pel categorico ed assoluto disposto « dell'articolo 630 ogni altra servitù che non riunisca i requi- « siti della continuità ed apparenza, non può acquistarsi che « mediante titolo, ed il titolo è cosa diversa dalla destinazione « del padre di famiglia. In quello si ha la volontà espressa « delle parti rapporto alla costituzione della servitù: in questa « invece non si ha che una volontà presunta relativa al man- « tenimento dello *statu quo*, o delle condizioni in cui si tro- « vano i fondi l'uno rimpetto all'altro. La presunzione non « può basarsi sull'arbitrio, ma deve aver un fondamento ra- « gionevole che la giustifichi. Ora, se mancano i segni este- « riori ed apparenti della condizione di servitù in cui ciascun « fondo si trova rimpetto all'altro manca la scienza relativa « all'esistenza di siffatta condizione di cose, e non può quindi « presumersi che siavi tacito consenso su quanto resta nell'i- « gnoto. Se, esistendo i segni visibili, la servitù sia discon- « tinua, può ritenersi che nell'intendimento del proprietario di « entrambi i fondi, lo stato attuale delle cose avesse un carat- « tere di precarietà, e quindi non può presumersi che siasi ta-

« citamente voluto conservare in perpetuo quello che esiste per « uno scopo precario e passaggiero » (*Corso di diritto civile*, vol. 2.°, n. 452). Così escluse definitivamente dalla destinazione del padre di famiglia le servitù discontinue, tutta la polemica che ha lungamente travagliato e che agita tuttavia la scuola e la giurisprudenza francese è rimasta tronca appo noi dal sistema chiaro e preciso del nostro codice. Eppure, strano a dirsi, questo sistema è stato frainteso, o meglio inteso a rovescio da uno dei più autorevoli interpreti del nostro diritto, il Borsari. Egli infatti conviene che il sistema ha eliminato le discettazioni del diritto francese, poichè dice: « Questo è pure un portato sapiente « di codeste disposizioni del codice italiano, laddove l'imbarazzo « della forma costringe ad illogiche deduzioni i più illuminati « interpreti del diritto francese » (com. agli articoli 632 e 633). Ma in che senso? Ecco: « Qui tutto è ponderato, dice l'autore « sull'articolo 632, quello che si esprime e quello che non si « esprime. Quello che non si esprime è importantissimo. In tutti « gli altri codici havvi questa restrizione — *in quanto alle* « *servitù continue ed apparenti* — ed ora più non si riscontri, « e con grande proposito venne soppressa per abbracciare ogni « categoria di servitù, come diremo più avanti ». E più avanti infatti, dopo aver rilevate le differenze tra il nostro sistema ed il sistema francese, esce l'autore in questa affermazione: « Non « è forse ovvio il dire dopo tali osservazioni che ogni distin- « zione è già tolta fra servitù continue e discontinue? » Ed ecco come il sistema del nostro codice è stato inteso a rovescio. Noi abbiamo riferita a titolo di semplice ricordo la singolare teoria del Borsari pel grande rispetto che ci impone il nome dell'autore: ma noi guarderemo bene di discuterla, mentre la semplice lettura degli articoli del codice, qui innanzi esaminati, ne è la più solenne confutazione.

Non potendo adunque la destinazione del padre di famiglia esser titolo costitutivo della servitù discontinua, ne segue esser l'azione di turbativa inammissibile quando la servitù discontinua sia esercitata a base dello stato apparente dei luoghi, dal quale risulterebbe la destinazione del padre di famiglia ove si trattasse di servitù continua ed apparente.

IX. Facciamo ora la questione relativamente alla prescrizione decennale. La servitù discontinua può essere costituita da un possesso decennale accompagnato al giusto titolo ed alla buona fede?

Nei primi tempi di Roma le servitù sì rustiche che urbane, essendo annoverate fra le cose incorporee, si ritenevano incapaci di possesso e quindi non poteano acpuistarsi nè colla prescrizione nè colla usucaqione, le quali non erano possibili là dove non esistesse possesso. Più tardi, essendosi ammessa la *quasi possessio* dei diritti, le servitù cominciarono ad acquistarsi colla prescrizione e ciò continuò fino a che non venne fuori la legge Scribonia che ripristinò gli antichi principii. Ed è nota la

controversia cui questa legge dette occasione intorno al sapere se dessa estendevasi a tutte le specie di servitù, ovvero fosse limitata alle sole servitù urbane. Fu poscia codesta legge abrogata e ritornò in vigore l'usucapione, e rimase fermo che l'esercizio di un diritto di servitù tenuto pei dieci anni fra presenti, e venti fra assenti, concorrendovi il giusto titolo, ovvero la scienza e pazienza del proprietario del fondo servente, faceva acquistare la servitù stessa, e ciò senza punto distinguere fra servitù continue e discontinue, distinzione ignota al diritto romano.

In Francia prima della formazione del codice Napoleone era ammessa la prescrizione decennale per ogni sorta di servitù, tanto nei paesi di diritto scritto, in cui vigeva il diritto romano, quanto nei paesi di diritto consuetudinario. Sono memorabili le Consuetudini di Orleans e di Parigi: la prima aveva l'articolo 215 così concepito: « I prospetti, le grondaie, ed altri diritti di servitù non accordano possesso a colui che li tiene se non ha un titolo valido: e senza un titolo valido non può prescriverli per qualunque siasi tempo »; l'articolo 25 della Consuetudine di Parigi suonava quasi uniforme. Gli autori che commentarono questi articoli, come Prodeau, Pothier, Ferrière, insegnarono che le Consuetudini non escludevano assolutamente la prescrizione in materia di servitù, ma la escludevano sol quando il possesso non fosse basato su di un titolo, per guisa che ben la ammettevano nel caso contrario: che nella ipotesi di un titolo derivante *a non domino* non fosse il possesso destituito il titolo, essendovene pure uno il quale, benchè non proveniente dal vero proprietario del fondo servente, tuttavia era sempre un titolo, ciò che bastava perchè le disposizioni delle consuetudini non fossero violate.

Venuto il codice Napoleone col suo articolo 691, di cui già conosciamo il tenore, tutti gli scrittori furon d'accordo nel ritenere la medesima dottrina invalsa sotto l'impero delle Consuetudini. Disputarono unicamente intorno alla durata del tempo necessario al compimento della prescrizione, mentre alcuni, come Toullier, Favard, Rolland de Villargues, richiedevano un possesso di trent'anni, altri, come Delvincout, Duranton, Dalloz, credevano sufficiente un possesso di dieci anni fra presenti e di venti fra assenti. Questi autori opinavano che l'articolo 691 del nuovo codice non fosse di ostacolo ad accettare l'antica teoria di Prodeau, di Pothier e di Ferrière, ritenendo che quell'articolo riproducesse l'identico concetto delle Consuetudini di Orleans e di Parigi.

Il Vazeille fu primo a levar la voce contro questa teoria, e più tardi il Troplong, facendo propria l'opinione del Vazeille, la difese e la sviluppò con calore contro l'opinione generalmente prevalsa. Egli riflettè alle parole chiare e concise dell'articolo 691 del codice e alle parole colle quali si esprimevano le due surripetute Consuetudini, e vide la gran differenza di

locuzione non pure, ma di concetto, di sostanza fra questi testi di legge. Egli osservò che le Consuetudini non escludevano assolutamente ogni possesso in materia di servitù, ma il solo possesso che non fosse basato su di un titolo, per forma che quelle Consuetudini bene ammettevano il possesso delle servitù come causa costitutiva delle stesse, quante volte questo possesso fosse poggiato su di un titolo; che per converso l'articolo 691 del codice escludeva assolutamente ogni specie di possesso in fatto di servitù discontinue, non ammettendo come ragion costitutiva delle stesse che il solo titolo proveniente dal proprietario del fondo servente. Con questo ragionamento chiaro e decisivo come la parola della legge, il Troplong pervenne alla conclusione che le servitù discontinue non potessero costituirsi sotto l'impero del nuovo codice mercè un possesso decennale quantunque fondato su di un titolo *a non domino* ed accompagnato alla buona fede. Nè il dotto giureconsulto si dissimulò la gravità della obbiezione che avrebbe potuto farglisi allegandosi la poca armonia della legge, la quale, mentre permetteva la prescrizione decennale a riguardo della proprietà immobiliare, l'avrebbe poi negata per le servitù discontinue che non sono se non deboli smembramenti della proprietà stessa. Ecco come egli risponde a simile obbiezione: « Queste sorta di ser« vitù non si avverano se non con atti che sfuggono alla sor« veglianza, o si tollerano tra vicini. Il vero proprietario ha « potuto sopportarle per il sentimento che egli aveva del di« ritto imprescrittibile, o pel poco pregiudizio che ne provava. « Esse non gli causavano quella molestia che viene dietro « alla occupazione della proprietà stessa. Conviene dunque « dimostrarsi più difficile per convertirle in diritto » (*Prescrizione*, n. 857).

La teorica del Troplong così dimostrata fu combattuta aspramente dal Belime, il quale giunse fino a dire che le cose dal Troplong insegnate fossero dei vani scrupoli, degli stretti giri di parole (*Trattato del possesso,* n. 258 e seg.). Ma quella teorica ne sembra troppo chiara ed evidente, perchè siavi alcun bisogno di occuparsi delle contrarie argomentazioni del Belime, tanto più che queste non sono che lo sviluppo del ragionamento già fatto dagli altri autori innanzi citati, e che consisteva nel ritenere il concetto dell'articolo 691 del codice identico a quello delle Consuetudini, e tanto più che oggi la teorica del Troplong ha finito per trionfare nella scuola e nella giurisprudenza francese.

Presentemente in Italia tutto il fondamento della opinione di quei pochi i quali sostengono l'applicabilità della prescrizione decennale, è riposto nell'art. 2137 del codice civile. Si dice: quando la legge con una disposizione generale estensibile a qualunque specie di immobili e di diritti immobiliari sanziona la prescrizione decennale nei casi in cui siavi giusto titolo e buona fede, perchè negare l'applicabilità di questa disposizione

alle servitù discontinue? Sarebbe un assurdo, mentre la legge ammetterebbe la prescrizione decennale per lo stesso diritto di proprietà immobiliare, e lo negherebbe poi per un semplice smembramento di questo diritto quale è una servitù.

Cosiffatto ragionamento, che non è nuovo, ma che è tolto di peso agli scrittori di Francia, non ci pare affatto convincente, siccome tale non sembra alla maggior parte de' nostri scrittori. Quando si ragiona della prescrizione delle servitù sulla base del solo art. 2137 la questione si sposta dal suo vero terreno, e si cade necessariamente nell'errore. La legge parla della prescrizione delle servitù negli articoli 629 e 630: è su questi articoli dunque che bisogna impegnare la questione. Ebbene, fermi sul disposto di questi articoli, è facile il dimostrare la inammissibilità della prescrizione decennale.

Il concetto dominante il principio generale ed assoluto che emerge dall'art. 630 combinato col precedente è questo, che le servitù si stabiliscono in due soli modi, o col possesso trentennale, o col titolo: dunque o il titolo per sè stesso e per sua intrinseca forza, o la prescrizione trentennale. Il connubio pertanto di un titolo *a non domino* col possesso decennale è un connubio ibrido, che ripugna in tutto all'avvisato concetto fondamentale, all'avvisato principio generale ed assoluto. Quando la legge parla di titolo intende parlar di quell'atto che parte dal vero proprietario del fondo servente, di quel titolo che in sè contenga tutti i requisiti necessarii a costituire per sè solo la servitù. Ora il titolo *a non domino* non è tale certamente. Nè giova il sussidio che gli si accorda del possesso decennale perchè tale possesso non immuta la natura del titolo, non lo rende tale quale la legge lo richiede. Il diritto che sorge dal possesso decennale è diritto che sorge dalla prescrizione, mentre il titolo non è che la base della prescrizione: ma prescrizione non si ammette in fatto di servitù discontinue. Al titolo richiesto per la costituzione della servitù discontinua la legge non accorda altro equipollente che un documento il quale contenga la esplicita ricognizione della servitù e provenga dal proprietario del fondo servente, e questa concessione della legge esclude ogni altro equipollente secondo il categorico disposto dell'articolo 634. Come dunque alla mancanza del titolo è possibile supplire con altro titolo che non proviene dal proprietario del fondo servente e con un possesso che in materia di servitù discontinue è elemento eterogeneo?

Ma la legge va ancora più in là, essa nega la prescrizione decennale anche per lo acquisto delle servitù continue ed apparenti. Infatti nell'art. 629 si parla di titolo e di possesso trentennale: se la legge avesse inteso ammettere la prescrizione decennale per le servitù continue ed apparenti non avrebbe di certo estesa la durata del possesso a trent'anni, avrebbe invece parlato di prescrizione senza limitazione di tempo, e si sarebbe tacitamente riportata agli articoli 2135 e 2137 che sta-

biliscono a seconda delle diverse circostanze di fatto la diversa durata del possesso necessario a prescrivere. Ma l'art. 629 ha parlato della sola prescrizione trentennaria. Dunque fu evidentemente esclusa ogni altra specie di prescrizione. É lo stesso concetto dominante, lo stesso principio generale ed assoluto: o titolo per sè stesso, o prescrizione trentennale che non abbisogna di titolo. Il connubio di un titolo claudicante con un possesso di corta durata è escluso. Ora se la legge rifiuta la prescrizione decennale per le servitù continue ed apparenti per le quali pur ammette una prescrizione, come il contrario può ritenersi per le servitù discontinue per le quali è negata in genere la prescrizione?

E vi è bene una ragione di merito in questo sistema del codice. Le servitù continue ed apparenti si esercitano senza bisogno del fatto attuale dell'uomo: sono sempre sotto gli occhi del proprietario del fondo serviente, e sono una continua lotta alla libertà di questo fondo. D'altra parte il termine di trent'anni è lungo abbastanza perchè l'interessato possa occuparsene onde allontanar la minaccia. E quando egli si addimostri indolente di fronte ad uno stato di cose pericoloso e permanente vi è in questa acquiescenza quanto basta per ritenere da una parte che egli sia venuto tacitamente a riconoscere il diritto altrui, e dall'altra parte che vi sia un valido fondamento del diritto preteso. Ma non è così quando si tratta di servitù discontinue; esse non hanno abbastanza consistenza per presentarsi come uno stato di cose permanente e pericoloso contro la libertà del fondo; vi è sempre del vago, dell'indeterminato, del saltuario, e d'altronde il troppo breve tempo di dieci anni non assicura di una completa acquiescenza dell'interessato, il quale ignorando il titolo *a non domino*, oppure considerandolo, com'è, di nessun valore, deve presumersi abbia taciuto pel sentimento che avea di accordare un favore per dovere di famigliarità, di buon vicinato.

Ma è un assurdo, si dice, che mentre la legge accorda la prescrizione decennale per lo stesso diritto di proprietà, la venga poi a negare per un semplice smembramento di questo diritto. È una obbligazione vecchia alla quale abbiamo già visto come rispondesse il Troplong, ed ancor più chiaramente oggi vi risponde il Borsari: « L'errore sta, come io credo, nel punto di « vista; nel credere che la legge della prescrizione nella specie « attuale si occupi di simili confronti; nel misurarne il portato « dalla importanza dell'oggetto, anzichè dalla indole e qualità « del possesso quale fondamento materiale della prescrizione. « Possedere un fondo è cosa aperta, notoria, più che mai nota « al proprietario che ne è spogliato; il possesso di un rivo di « acqua, di un'apertura che serve per ricever lume e guardare « è cosa sottile e sfuggevole; vi si fa o non vi si fa atten- « zione, si può credere anche la intenzione non sia ostile; ma « allorchè mi è tolto un corpo di terra, ed io proprietario n

« sono espulso, non posso rimanere in dubbio » (volume 2.°, pag. 842).

Due egregi comentatori del nostro codice, i signori Cattaneo e Borda, credono che la disposizione dell'art. 2137 sia bene applicabile alle servitù, ma in sostanza essi non fanno che riportarsi alla autorità del Malleville. Ma questo autore era nel numero di coloro i quali sostenevano l'ammissibilità della prescrizione decennale anche di fronte all'art. 691 del codice Napoleone, lasciandosi preoccupare dalle Consuetudini di Orléans e di Parigi: quindi l'autorità del Malleville, oggi che è seguìta anche in Francia la contraria teoria insegnata da Troplong, non riesce di alcun suffragio nel diritto patrio.

Il Dionisotti esamina la questione, e vi reca anche qualche cosa del suo, di cui è bene tener conto. Egli riconosce che la dottrina e la giurisprudenza francese è quasi concorde nello escludere la prescrizione decennale, ma sostiene non applicabile questa teoria sotto l'impero del codice nostro, il quale, a suo modo di vedere, ha innovato gli articoli 2265 e 2264 del codice francese che formano tutto il fondamento di quella teoria. Infatti, dice il Dionisotti, l'art. 2265 non parlava che degli immobili, mentre l'art. 2137 del nostro codice comprende ancora i diritti immobiliari: quindi potè escludersi in diritto francese l'applicabilità dell'art. 2265 alle servitù, ma ciò è impossibile di fronte all'art. 2137 del codice nostro. È un ragionamento che manca di base perchè il nostro art. 2137 non reca affatto innovazione all'art. 2265 del codice di Francia in quanto all'obbietto della prescrizione. Se questo ultimo articolo parlava di soli immobili, la scuola e la giurisprudenza erano concordi nel ritenere che la denominazione di immobili ben convenisse ai diritti di servitù: era decisivo l'art. 586 del codice francese il quale tra gli immobili per l'oggetto cui si riferiscono noverava le servitù. Tutto ciò fu osservato in particolar modo dagli autori che ritenevano l'ammissibilità della prescrizione decennale in materia di servitù, siccome può vedersi in Duranton (tom. 3, numero 593). Dunque l'art. 2265 del codice francese ed il nostro art. 2137 sono uniformi in quanto all'obbietto della prescrizione: soltanto questo ultimo è più chiaro e più esplicito, il che fa cader di peso l'argomento del Dionisotti.

In quanto poi all'art. 2264 osserva l'autore la differenza che passa tra il tenore onde esso è redatto e quello dell'art. 2147 del codice italiano. Il primo è concepito così: « Le regole della prescrizione sopra altri oggetti diversi da quelli indicati nel presente titolo sono spiegate nei loro lunghi particolari »; il secondo dice così: « Per tutte le prescrizioni minori di trent'anni non menzionate in questa e nella precedente sezione si osservano altresì le regole che particolarmente le riguardano ». Ora dice il Dionisotti, questo art. 2147 non ha alcuna attinenza coll'art. 629. Ecco come a simile argomento

risponde il Borsari: « L'art. 2265 del codice francese che si « trovava fuori di posto, venne sostituito dal nostro art. 2147 « che chiude il titolo della prescrizione. Poichè lungo il corso « del codice si incontrano certe prescrizioni speciali minori « dei trent'anni che in questo titolo non vennero ripetute, il « che sarebbe stato soverchio, il farne un richiamo generale « era regolare. Ma cosa si conchiude da ciò nel caso nostro? « Che rapporto a quei diritti che non possono acquistarsi che « colla prescrizione lunghissima di trent'anni può essere per « virtù dei principii generali attribuito un minor termine? A « me sembra che questo estremo disposto del codice intenda « solo a ciò che le particolari disposizioni prescrittive che sono « fuori del titolo della prescrizione non sieno pregiudicate, e « non ricorda che quelle minori dei trent'anni per essere più « frequenti » (vol. II, pag. 842). Insomma l'art. 2147 dice che per le prescrizioni speciali annoverate nel codice fuori il titolo XXVIII sono applicabili sia le regole generali in quel titolo sancite, sia le particolari espresse nei diversi luoghi ove di quelle prescrizioni si discorre. Parrebbe potersi conchiudere da ciò che la prescrizione delle servitù, di cui si parla nell'articolo 629, vada regolata altresì dalle regole generali esposte nel titolo ultimo del codice, fra le quali èvvi precisamente la prescrizione decennale. È da osservare però, a nostro modo di vedere, che tutto ciò è vero in quanto a tutte le altre regole generali della prescrizione, meno però per ciò che riguarda la durata necessaria del possesso per prescrivere, perocchè stabilita cotal durata al termine di trent'anni dall'art. 629, questo articolo deroga evidentemente a qualunque altra disposizione riguardante il termine prescrittivo. È nota la massima per la quale nella esistenza di una eccezione non è dato far ricorso alle regole generali. Ciò per altro può esser discutibile a riguardo delle servitù continue ed apparenti per le quali la prescrizione è ammessa, ma è un tema affatto estraneo alle servitù discontinue per le quali, come innanzi si è dimostrato, la legge nega in genere la prescrizione.

Dimostrato così che pel nostro diritto civile non possono le servitù discontinue essere costituite da un possesso tenuto a base di giusto titolo e buona fede, è per sè evidente la conseguenza che l'azione di turbativa è inammessibile per le servitù discontinue esercitate nel modo or significato.

X. È assai dibattuta la questione di sapere se sia legittimo e capace di indurre la prescrizione, quindi suscettibile dell'azione in manutenzione, il possesso delle servitù discontinue esercitato mercè formali opposizioni ai diritti del proprietario del fondo servente seguìte dalla di lui acquiescenza. Una tale questione a noi sembra capace di una doppia soluzione. Infatti se dessa voglia esaminarsi in relazione ai precetti del nostro codice civile, dovrà indubbiamente risolversi per la negativa: affermativamente al contrario se vorrà disaminarsi in relazione ai principii sulla

materia. Procuriamo di dimostrare alla meglio l'una e l'altra proposizione.

Il codice civile francese non richiedeva per la costituzione delle servitù prediali l'atto pubblico o la scrittura privata: avea soltanto sul proposito l'art. 691 da noi più volte esaminato. E già gli scrittori di maggior valore, il Curasson, il Poncet, il Carrè, il Belime ed altri opinarono che le contraddizioni e le opposizioni fatte al diritto del proprietario da chi esercita una servitù discontinua non possono tener luogo di titolo, e quindi non sono sufficienti a stabilire la servitù e per conseguenza a dar luogo allo sperimento dell'azione di turbativa. All'opposto altri scrittori, fra i quali il Proudhon, il Troplong, non si peritarono di sostenere la contraria dottrina per la ragione che gli atti di formale opposizione escludono ogni presunzione di famigliarità e di tolleranza inerente alla natura delle servitù discontinue, e che l'art. 691 del codice non osta poichè il titolo da questo articolo richiesto ben risiede nelle opposizioni e nella acquiescenza del proprietario. A siffatta divergenza di opinioni dava ben occasione l'art. 691, il quale non definendo in che propriamente dovesse consistere il titolo costitutivo della servitù discontinua, offriva largo campo di interpretazione: e così altri ritennero doversi intendere per titolo il solo atto scritto, altri ammisero ancora la convenzione verbale, dalla quale opinione, facendo un passo innanzi, potea facilmente cadersi nella dottrina del Troplong.

Ma lasciamo la scuola francese nella perplessità delle contrarie opinioni, e veniamo al nostro codice civile.

L'art. 1314 di questo codice, ignoto al diritto francese, è una novità nella nostra legislazione stabilita sulle tracce del codice civile Albertino. Questo articolo studiato nella sua parola e nel suo spirito, come nei suoi precedenti storici, richiede l'atto pubblico o la scrittura privata per le convenzioni traslative di proprietà immobiliare, non come mezzo di prova semplicemente, ma come elemento essenziale della validità, anzi della esistenza giuridica della convenzione; per forma che la mancanza dell'atto scritto importa più che la nullità, la inesistenza giuridica del contratto. La scuola e la giurisprudenza patria si vanno affermando in questi sensi. Nel numero 2.° dell'articolo in esame è richiesto l'atto scritto per le convenzioni che costituiscono servitù prediali, e col numero 2.° dell'art. 1932 gli atti costitutivi di servitù prediali sono assoggettati alla formalità della trascrizione. Ciò posto, quando l'art. 630 richiede il titolo per la costituzione delle servitù discontinue evidentemente si riferisce all'art. 1314, e quindi dal combinato disposto di questi due articoli risulta chiaro che il titolo della servitù discontinua è l'atto pubblico o la scrittura privata. Ora quando è stabilito che la servitù discontinua non può costituirsi che mediante un titolo, che questo titolo non può essere che l'atto pubblico o la scrittura privata, che la mancanza dell'atto scritto

importa la inesistenza giuridica del contratto, e quindi la mancanza assoluta di costituzione della servitù; la questione che ne occupa non ha più ragione d'essere, poichè le opposizioni fatte al diritto del proprietario anche seguite dalla di lui acquiescenza, non possono equipararsi al titolo quale l'art. 630 lo esige, e l'art. 1314 lo definisce. Tanto più che l'art. 634 ammette un solo surrogato di questo titolo, cioè il documento che contenga la ricognizione della servitù, e derivi dal proprietario del fondo servente: le opposizioni ai diritti del proprietario anche susseguite dal di lui silenzio non sono il documento di cui parla l'art. 634. Così il capoverso dell'art. 630 rimane fermo in tutta la sua estensione anche di fronte alle opposizioni di cui ragioniamo.

Che tale e non diverso sia l'intendimento del legislatore italiano risulta ancora dal combinato disposto degli articoli 630 e 631. Nel primo di questi articoli è stabilito il principio generale che il possesso anche immemorabile non basta a costituire le servitù non apparenti sia continue che discontinue: nell'articolo 631 poi è statuito che per le servitù negative il possesso utile per la prescrizione comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero uso del medesimo. Ora si sa che le servitù negative sono tutte non apparenti, consistendo esse in un non fatto che non può mai cadere sotto il dominio dei sensi. Come si spiega dunque questa contraddizione tra l'art. 630 e il 631? La spiegazione è unica, ed è questa, che l'articolo 630 stabilisce il principio generale a riguardo di tutte le servitù non apparenti, e l'articolo 631 costituisce una eccezione a questo principio in favore delle servitù negative. Posto ciò, ne conseguita che l'eccezione stabilita dall'articolo 631 è ristretta alle sole servitù negative, nè può estendersi ad altre specie di servitù e specialmente alle affermative; essendo l'eccezione inestensibile oltre i casi espressamente contemplati dalla legge. Ora le servitù discontinue son sempre servitù affermative poichè richiedono pel loro esercizio il fatto attuale dell'uomo; dunque a questa specie di servitù è assolutamente inapplicabile la lezione dell'articolo 631. Ciò conferma in modo decisivo il riflesso che l'articolo 631 è riferibile esclusivamente all'articolo 629 di cui è necessario completamento, e però è applicabile alle sole servitù continue. Insomma il concetto dell'articolo 631 ci sembra esser questo: trattandosi di servitù continue, per le quali è ammessa la prescrizione, il possesso utile per un tal modo di acquisto comincia a decorrere dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitare la servitù sul fondo servente, se la servitù è affermativa: se è negativa benchè sia non apparente, pure in linea di eccezione il possesso utile incomincia *a die contradictionis*. Tutto ciò esclude necessariamente l'applicazione dell'art. 631 delle servitù discontinue, altrimenti vi sarebbe una

flagrante antinomia tra questo articolo, che segna il momento di partenza del possesso utile alla prescrizione, e l'art. 630 che elimina assolutamente la prescrizione.

Un ultimo argomento ancor esso decisivo è somministrato dall'art. 2116 in cui è disposto che i possessori in nome altrui ed i loro eredi possono prescrivere se il titolo del loro possesso si trovi mutato in forza delle opposizioni da loro fatte contro il diritto del proprietario. Evidentemente l'applicazione di questo disposto legislativo è limitata alle materie per le quali la legge ammette la prescrizione acquisitiva. Ora questa prescrizione non è ammessa, come si è innanzi dimostrato, in materia di servitù discontinue, quindi è che a tal materia l'art. 2116 è del tutto estraneo.

Ma uscendo dagli angusti limiti della esegesi, ed elevandoci a' principii, noi perverremo a dare alla quistione una soluzione come dicemmo, totalmente opposta.

Quando vi fosse lite fra colui che va ad attingere acqua, od esercita il passaggio, ed il proprietario del fondo in cui tali atti si compiono, quando ai richiami di quest'ultimo l'avversario facesse opposizione sostenendo il suo diritto, ed il proprietario del fondo vi prestasse acquiescenza, il possesso cessa allora di essere illegittimo. La famigliarità non più si presume, e dal momento in cui il proprietario del fondo servente ha prestato acquiescenza alle opposizioni, incomincia un possesso capace di produrre la prescrizione e di essere difeso dall'azione di turbativa. Perchè? perchè la pretensione di un diritto di servitù discontinua manifestata mercè contraddizione alle ragioni del proprietario del fondo servente tramutasi in diritto effettivo per l'acquiescenza di questo proprietario il quale ha dato giustamente a presumere che un vero diritto esiste in colui che ne ha manifestata l'idea con mezzi precisi ed energici, capaci di distruggere ogni presunzione di famigliarità, ed ogni altra presunzione contraria. Perchè mai il proprietario non ha represso le opposizioni di chi ha voluto assumere un diritto sulla di lui proprietà? Ebbene, quando col suo silenzio durato per tutto il tempo necessario a prescrivere o ad acquistare il beneficio delle azioni possessorie egli ha rassicurato la coscienza del pretendente ed ha stabilita una condizione di cose a sè contraria, ei non può più sventare quella coscienza, e smuovere una posizione di cose, che rafforzata dal tempo non può più cancellarsi senza turbare l'ordine e la tranquillità sociale.

Gli atti di opposizione fatti contro il proprietario, susseguiti e convalidati dalla sua acquiescienza costituiscono benissimo il titolo della servitù. Che altro è il titolo di una servitù se non il concorso di due volontà dirette a dar vita alla servitù, cioè la volontà del proprietario che concede la servitù, e quella del proprietario che l'acquista? Un contratto di cessione di servitù avrà la forza di costituire la servitù per la sua forma esterna,

o invece per la forza del concorso di due volontà che convergono simultaneamente *in idem placitum*? E non è forse spiccatissima siffatta volontà nella ipotesi di cui ragioniamo? Nè crediamo che il principio sancito nell'art. 1314 del codice, pel quale l'essenza e validità del contratto è riposta nella formalità dell'atto scritto, sia un principio rigorosamente esatto e corrispondente alle pure nozioni del diritto. La carta scritta non ha nulla di comune colla essenza e validità dei contratti, i quali son sempre validi e perfetti quando racchiudono i requisiti prospettati nell'articolo 1104. Gravi ragioni di ordine pubblico, il grande interesse che si annette alla proprietà immobiliare sono i motivi determinati dell'art. 1314 e del suo rigorismo; ma queste ragioni, questo interesse, non crediamo sieno egualmente gravi, a riguardo di una servitù discontinua. Infatti se la servitù continua ed apparente, ed anche la servitù continua negativa non ha bisogno di titolo scritto, e può sorgere dalla prescrizione, certo si è considerato che ciò non lede l'ordine pubblico: perchè sarà diversa la cosa a riguardo delle servitù discontinue quando esse hanno una solida base nelle opposizioni al diritto del proprietario e nell'acquiescenza dello stesso? Se manca qualche cosa a questo titolo della servitù discontinua è la trascrizione richiesta dal n. 2.° dell'art. 1932 del codice. Ma oltrechè la trascrizione è richiesta nell'interesse dei terzi, e non mica come condizione della validità di un titolo, forse non manca ugualmente la trascrizione alle servitù continue stabilite dal possesso?

La legge non accorda alle servitù discontinue il possesso legittimo capace di stabilirle perchè l'esercizio di tali servitù dipende ordinariamente da tolleranza, da rapporti di famigliarità, sicchè dare al possesso la forza di stabilire questa specie di servitù equivarrebbe a distruggere questi rapporti di famigliarità: è una applicazione fatta alle servitù discontinue del precetto stabilito nell'articolo 688 del codice, secondo cui gli atti facoltativi e quelli di mera tolleranza non possono servir di fondamento all'acquisto del possesso legittimo. Ma queste ragioni concorrono esse allorquando la servitù discontinua è esercitata in base a serie ed aperte contraddizioni ai diritti del proprietario del fondo servente, contraddizioni seguìte dalla di lui acquiescenza? Certo no: dove è allora la presunzione che la servitù sia un atto di mera tolleranza? Come dire che vi sia equivoco nel possesso, quando l'esercente la servitù dimostra a chiare note e con tanta insistenza l'*animus domini*? Dunque se si vuole essere coerenti ai principii, mentre si nega il possesso legittimo della servitù discontinua in generale, lo si dovrebbe ammettere quando la servitu è esercitata con opposizioni ai diritti del proprietario il quale vi presta acquiescenza.

Nè si dica col Belime, che il nostro sistema equivale a permettere a chiunque di creare un titolo a sè stesso. Ma che? Concediamo noi forse l'efficacia di costituire la servitù discontinua agli atti di opposizione per sè stessi considerati?

Noi richiediamo eziandio l'acquiescenza completa, spontanea del proprietario. E dunque come può essere che il nostro sistema permette a chiunque di creare un titolo a sè stesso? Nè tampoco è vero, ciò che il Berlime seguita a dire, che cioè il nostro sistema mette il proprietario nella dura alternativa o di chiudere ermeticamente il suo fondo, o di lasciare acquistare la servitù. Ma dunque è vietato al proprietario di respingere le opposizioni dell'avversario o coll'azione possessoria, o coll'azione *negatoria servitutis*? Qui non si tratta di accordare il possesso legittimo alle servitù discontinue esercitate per atto di pura famigliarità, nel qual caso sarebbe ragionevole il timore del Belime: si tratta invece di accordare il possesso legittimo nei soli casi di contraddizioni, ed in tali casi pel diritto che ha il proprietario di respingerlo, il timore del Belime è affatto infondato.

XI. Alla quistione finora esaminata si collega l'altra di sapere se sia legittimo e capace di indurre la prescrizione e quindi manutenibile, il possesso delle servitù discontinue esercitate mercè opere esterne visibili e permanenti.

In Francia l'antica giurisprudenza delle consuetudini era concorde nel ritenere l'affermativa. « Sebbene, diceva Bouryon, « le servitù non possono essere acquistate senza titolo, nondi- « meno, se vi è incorporazione di fabbrica nel fondo vicino, il « possesso di trent'anni tiene luogo di titolo: è questa un'ec- « cezione alla regola fondata sul riflesso che in questo caso è « più proprietà che servitù ». Sotto l'impero del Codice Napoleone la quistione tenne divisi gli scrittori: alcuni, come Rolland de Villargues e Toullier, ritennero l'antica teoria, ed ecco come il Toullier si esprime dopo aver riferito le su trascritte parole del Bouyron: « È questa la ragione su di cui gli autori « fondavano una eccezione che non esisteva nella legge perchè « la legge non può prevedere tutti i casi, nè decidere ciò che « è piuttosto proprietà che servitù. Opere aderenti, incorporate « e fabbricate nel fondo del vicino, non avendo potuto esserlo « senza sua saputa e senza del suo consenso, almeno tacito, « sembrano in effetto costituire non tanto una servitù, quanto « un diritto di proprietà prescrittibile con trent'anni ». Tale dottrina fu confermata dalla Corte reale di Parigi, con sentenza dell'11 agosto 1810, con cui fu ritenuto che il sig. Bosquillon aveva acquistato mercè il possesso trentennale il diritto di servirsi di una latrina situata sotto la casa del vicino e nella quale egli era nel possesso di fare scorrere le immondezze con canali edificati ed incorporati nella casa. La Corte di cassazione confermò tale sentenza pel motivo che non vi era violazione dell'art. 186, che ha relazione soltanto alle servitù, che non si acquistano con prescrizione e non già ad un diritto di proprietà: che si era fatta giusta applicazione degli articoli 712-633 del codice civile in cui è disposto potersi la proprietà acquistare con accessione ed incorporazione. La stessa dottrina fu

pure insegnata dal Poncet, il quale però ne assegna una diversa ragione, sostenendo che le costruzioni fatte sul fondo altrui cangiano la condizione della servitù, la quale diventa una vera servitù continua ed apparente. Una contraria teorica fu sostenuta da molti altri scrittori fra i quali ricordiamo il Duranton, il Carré, il Carou, il Dalloz, il Lepage.

Sotto l'impero del codice civile napoletano, la quistione continuò ad agitarsi con disparità di opinioni, ed è meritevole di essere ricordata una magistrale sentenza del tribunale civile di Napoli, renduta a 27 giugno 1846, in causa Mascitelli-Lattanzi, colla quale fu stabilita questa massima: quando la servitù di passaggio si annunzia con opere esteriori, e con particolare disposizione dei luoghi intesa al fine del passaggio essa è continua ed apparente: come tale la servitù col possesso che ne risulta pubblico e non equivoco, si rende atta ad acquistarsi per prescrizione ed a mantenersi con azioni possessorie. E tale massima il tribunale coi suoi ragionamenti estese ad altre specie di servitù discontinue, esercitate mercè opere visibili e permanenti, come la servitù di attingere acqua esercitata mercè un abbeveratoio in fabbrica costrutto affianco alla fonte del vicino, la servitù di cuocere la calcina, esercitata mediante un locale espressamente costruito per deposito di legna. La quistione però fu troncata col rescritto 7 luglio 1854, con cui fu diffinitivamente rigettato il parere della Consulta di Napoli, la quale voleva ammessa l'azione possessoria, nel caso che si fossero in virtù di segni fissi ed esteriori esercitati atti aventi l'aspetto di atti dominicali.

Oggi la quistione si ripresenta in tutto il suo vigore ed ha ripristinato fra di noi la divergenza di opinioni, che abbiam già notato nella scuola francese. Noi però siam d'avviso doversi preferire la soluzione negativa, ed eccone in brevi cenni le ragioni. Come dinanzi si è potuto osservare, due argomenti si adducono a dimostrazione della contraria opinione: alcuni dicono, che nella ipotesi della quistione trattasi piuttosto di un diritto di proprietà che di servitù; dicono altri che le opere visibili e permanenti tramutano in continua apparente la servitù discontinua. Ma nè l'uno nè l'altro argomento è valevole a convincerci. Quando io esercito sul vostro fondo un diritto di passaggio mercè un ponte, un lastricato, od altra opera qualunque, ovvero il diritto di gittarvi le immondezze mercè un canale, un manufatto, io non posseggo alcuna parte della vostra proprietà in modo esclusivo ed assoluto, ciò che è necessario per la prescrizione della proprietà, o di una frazione di essa: io non posseggo altro che il semplice diritto di passaggio o di gittar le immondezze nel fondo vostro e da voi posseduto con tenervi le opere necessarie per quel passaggio o per quel getto. Ora se è vero il principio *tantum praescriptum quantum possessum*, ne risulta che io non posso acquistare alcuna parte esclusiva della vostra proprietà, ma soltanto, sup-

posto altronde che sia possibile, il diritto di passaggio, o quello di gettar le immondezze mercè la conservazione delle opere a ciò destinate: ma questi diritti sono vere servitù, dunque di semplici servitù non di proprietà può parlarsi nella ipotesi della quistione. Inoltre la parte di fondo su cui si esercita un passaggio, una presa d'acqua, od altra consimile forma di servitù, resta sempre in proprietà del padrone del fondo su cui quelli atti si esercitano, come è concordemente insegnato dagli scrittori, e come risulta da più luoghi del codice civile; se così è, non può nella ipotesi della quistione parlarsi di proprietà, ma soltanto di servitù, altrimenti quel principio è violato.

Se si trattasse veramente di proprietà, ne seguirebbe che colui, il quale esercita il passaggio o il getto delle immondezze, potrebbe alienare il suo diritto di proprietà separatamente dal fondo a vantaggio del quale quelli atti sono esercitati: dunque egli potrebbe vendere a Caio questo fondo, a Tizio il diritto di passare, o di gittar le immondezze nel fondo vostro. Ma è ciò possibile? Se no, come altrimenti non può essere, è chiaro che non si tratta di proprietà, ma di servitù, le quali sono sostanzialmente inseparabili dai fondo dominante. Da ultimo, l'esercizio di un acquedotto, di una presa di acqua, fatto mercè opere visibili e permanenti, costruite nel fondo del vicino, è annoverato dalla legge stessa fra le servitù, come risulta dagli articoli 541, 598, 599 ed altri del codice civile. Come dunque in questi casi può parlarsi di proprietà anzichè di servitù?

Il secondo argomento poi non ci offre miglior consistenza del primo. Tutto l'esame di questo argomento riducesi al punto di vedere se l'esistenza di opere visibili e permanenti, destinate all'esercizio di una servitù discontinua, abbia l'efficacia di tramutare la servitù medesima in una servitù continua.

Or la negativa ci sembra risulti evidente dal combinato disposto degli articoli 617 e 618 del codice. Ivi infatti è stabilito un doppio criterio, l'uno che determina la discontinuità o continuità della servitù, e consiste nella necessità o meno del fatto attuale dell'uomo per l'esercizio della servitù, l'altro che ne determina l'apparenza o non apparenza, e consiste nella esistenza o meno di segni visibili e permanenti. Questi due criterî son fra loro affatto diversi e distinti vuoi per la loro natura, vuoi per lo scopo cui si riferiscono, e però non possono insieme confondersi e molto meno l'un di essi può tener luogo dell'altro. Dunque l'esistenza di opere visibili e permanenti, essendo un criterio diretto unicamente a stabilire l'apparenza della servitù, è del tutto indifferente per la continuità o discontinuità della servitù medesima, e quindi non vale a stabilire nè l'uno nè l'altro di questi caratteri. In conseguenza quando la servitù, di sua natura discontinua, è esercitata mercè opere visibili e permanenti, tutto quel che risulta da questo modo di esercizio è che la servitù è apparente, ma essa rimane

sempre discontinua. Nè vale il dire che la permanente esistenza delle opere esterne costituisce l'esercizio della servitù, e quindi fa che una servitù di sua natura discontinua si trovi mutata in servitù continua. Ciò sarebbe vero quante volte l'esistenza delle opere rendeva non necessario il fatto attuale dell'uomo per l'esercizio effettivo della servitù. Ma così non è, imperocchè ad onta delle opere permanenti la servitù che è di sua natura discontinua ha mai sempre bisogno per essere esercitata del fatto attuale dell'uomo. Così se si tratta di una servitù di passaggio, esercitata mediante un ponte, un lastricato, vi sarà sempre bisogno, ad onta del manufatto, che l'uomo eserciti il transito effettivamente: se ciò manca si dirà invano che vi è esercizio della servitù. Se dunque l'esistenza di opere permanenti non esclude la necessità del fatto attuale dell'uomo per l'esercizio della servitù discontina, questa riman sempre tale per virtù dell'articolo 617 capoverso.

La contraria teoria, ove per poco si ammettesse, menerebbe ad una conseguenza ben grave ed assurda, quella cioè di toglier via dal campo del diritto, le servitù discontinue apparenti. E di fermo, le servitù discontinue apparenti sono quelle che si esercitano mercè il fatto attuale dell'uomo con opere visibili e permanenti: ora se l'esistenza di cotali opere avesse la virtù di tramutare in continue le accennate servitù, è chiaro che le servitù discontinue apparenti non esisterebbero.

XII. Che diremo del giudicato? Tra gli scrittori moderni alcuni ritengono che il giudicato non possa mai costituire il titolo della servitù per la ragione che desso è sempre dichiarativo, non già attributivo di diritti, e tale opinione sembra fondata nel verbale della Commissione legislativa 10 maggio 1861, N. 3. Altri al contrario riproducono la teorica del Pardessus, che fu pure la teorica di altri giureconsulti francesi. Il Pardessus (*Trattato delle servitù*, n. 273) ha insegnato che ben possono verificarsi dei casi in cui il giudicato assume i caratteri di un vero e proprio titolo costitutivo della servitù siccome avviene: 1.° quando una sentenza riconosce e convalida una convenzione sufficientemente provata che stabilisce la servitù; 2.° quando in una divisione ordinata giudiziariamente il tribunale impone colla sentenza una servitù a carico di una quota per uso ed utilità di un'altra quota; 3.° quando in un giudizio di espropriazione la sentenza stabilisce fra le condizioni della vendita una servitù su di un lotto a vantaggio di un altro lotto.

Nel secondo e terzo caso, la teorica del Pardessus ci sembra troppo evidente perchè possa essere seriamente contrastata, e però in tali casi niun dubbio che l'azione di turbativa è mai sempre esperibile. Ma nel primo caso figurato dal Pardessus ci pare che la cosa stia ben diversamente.

Innanzi tutto supponiamo per poco che sia legalmente possibile, che una sentenza riconosca e convalidi una convenzione che ha stabilita la servitù: in tale ipotesi, vede ognuno che è

la convenzione il vero titolo della servitù, e non mica la sentenza la quale, limitandosi a riconoscere quella convenzione, è dichiarativa, non costitutiva della servitù. Ma ciò che abbiam supposto legalmente possibile potea forse esser tale in diritto francese per la larga interpretazione di cui l'art. 691 del codice era suscettibile circa la natura del titolo richiesto per la servitù discontinua; e per manco di un articolo che corrispondesse all'articolo 1314 del codice nostro, ma è assolutamente impossibile nel sistema di questo codice.

Noi infatti abbiamo già innanzi notato, che l'articolo 1314, cui va riferito l'articolo 630, richiede il titolo scritto per la costituzione della servitù discontinua e che la mancanza dell'atto scritto importa più che la nullità, la inesistenza giuridica della convenzione. Ora, ciò ritenuto, è per sè chiaro che giammai può la sentenza riconoscere e convalidare una convenzione costitutiva di servitù, non consacrata in atto pubblico o scrittura privata per la potente ragione che il giudice non può dar vita a ciò che giuridicamente non esiste.

Sappiamo bene che ci si può opporre il disposto dell'art. 1932, n. 8, con cui si stabilisce precisamente l'ipotesi figurata dal Pardessus, ma sappiamo ancora che il disposto di questo articolo è in flagrante antinomia coll'articolo 1314, inteso nel senso testè significato. Ci son noti del pari i lodevoli sforzi fatti dalla dottrina e dalla giurisprudenza affin di scongiurare l'antinomia, ma dallo studio coscienzioso dei diversi sistemi di conciliazione finora proposti ci siam convinti, che non si è per affatto riuscito nell'intento, anzi crediamo che non vi si possa onninamente riuscire perchè l'antinomia esiste, e non ci è modo di eliminarla. Si sa infatti, e qui ci duole di ricordarlo, che i compilatori del nostro codice si occuparono prima della redazione dell'articolo 1943, e dopo di quella dell'articolo 1314: intanto dimentichi di quanto in quell'articolo aveano scritto, compilarono l'articolo 1314, senza punto riflettere alla antinomia che per tal modo venivano a creare, e l'antinomia rimase. Or se questa è storia e' non conviene negarla, e se non convien negarla, bisogna pur riconoscere che il disposto dell'art. 1932, n. 8, è un errore del nostro codice, che questo errore non può distruggere la vera e chiara intelligenza dell'articolo 1314, e che fatal conseguenza di questo errore è l'assoluta inapplicabilità pratica del ripetuto articolo 1932, 8.°

Conchiudiamo dunque, che il primo caso figurato dal Pardessus non può ammettersi per attribuire al giudicato i caratteri del titolo costitutivo della servitù discontinua, e limitiamo quindi la teoria al secondo e terzo caso, di cui superiormente abbiamo ragionato.

XIII. Oramai sul tema delle servitù discontinue non resta che discutere un altro punto controverso, se cioè nella sede del giudizio possessorio possa deferirsi alla controparte il giuramento o l'interrogatorio allo scopo di constatare la convenzione colla quale fu stabilità la servitù.

La questione fu grandemente agitata dagli scrittori francesi dei quali alcuni ritennero la necessità del titolo scritto, altri ammisero il giuramento e l'interrogatorio, altri perfino la prova testimoniale sorretta da un principio di prova scritta. Ragione di questa pluralità di dottrina era sempre la elastica interpretazione di cui era capace l'art. 691 del codice, ed il difetto di un articolo corrispondente al nostro art. 1314. Ma da ciò stesso risulta evidente che la questione è perfino impossibile nel diritto patrio di fronte al combinato disposto degli articoli 1364, 630 e 1314. Infatti il primo di questi articoli dichiara inammissibile il giuramento, e lo stesso deve dirsi per parità di ragione dello interrogatorio, per la prova delle convenzioni per la cui validità è richiesto l'atto scritto. L'art. 1314 poi di conserva con l'art. 630 richiede appunto l'atto scritto per la validità della convenzione costitutiva d'una servitù discontinua: quindi su tale convenzione non può deferirsi nè giuramento nè interrogatorio. Per siffatte ragioni anzi noi opiniamo che a nulla gioverebbe la stessa convenzione giudiziale resa anche spontaneamente dalla parte. A tale ragionamento, che è semplice per quanto perentorio, possono ancora aggiungersi i motivi addotti dal Ricci, il quale, propostasi la questione, così dice: « Opiniamo per la negativa dappoichè l'interrogatorio ed il giuramento non possono « deferirsi che per dimostrare l'esistenza di fatti materiali, e « giammai perchè essi stessi servano a creare una conven- « zione (tale essendo un atto di ricognizione), la quale deve « preesistere al giudizio, che diversamente non avrebbe fon- « damento. In una parola, le risposte agl'interrogatori o al « giuramento dovrebbero tener luogo, per chi sostiene una « opinione contraria alla nostra, della ricognizione scritta « che esige la legge; quindi essi non dovrebbero essere già « la prova di una ricognizione fatta, perchè tale prova deve « essere per lo spirito e per il testo della legge precostituita « al giudizio, ma dovrebbero contenere la ricognizione mede- « sima. Ora è evidente che non si può deferire l'interrogatorio « o il giuramento per imporre al rispondente di fare atto di « ricognizione della servitù pretesa » (vol. II, n. 445).

XIV. Veniamo ora ad occuparci delle servitù continue.

Se si tratta di servitù continue ed apparenti, l'azione di turbativa è sempre ammissibile, vuoi che la servitù sia costituita da un titolo, vuoi che sorga dalla destinazione del padre di famiglia, ovvero dalla prescrizione.

Quando vi è un titolo costitutivo della servitù, non è punto necessario di esibirlo in giudizio per essere ammessi alla manutenzione in possesso, avvegnachè il possesso delle servitù di cui trattiamo è mai sempre legittimo e manutenibile indipendentemente dal titolo come quello che può sempre condurre alla prescrizione. È sano consiglio però di produrre il titolo in giudizio allo scopo di farne risultare i carattari della legittimità del possesso, specialmente l'animo di tener la cosa

come propria e la non equivocità, le quali cose sul titolo precipuamente si poggiano. Il giudice del possessorio dovrà sempre esaminare sommariamente il titolo, o, come si dice, delibarlo, al solo scopo testè indicato; la sua sentenza, per conseguente, ristretta e limitata al possessorio, non può estendersi a giudicare della effettiva esistenza o inesistenza della servitù, questione tutta di merito, che non pregiudicata da quella sentenza può e deve farsi risolvere in regolare giudizio petitorio.

Quando la servitù risulta dalla destinazione del padre di famiglia, non è del pari necessario il dimostrare in sede di giudizio possessorio l'esistenza delle diverse condizioni dal cui concorso la destinazione del padre di famiglia prende vita e crea il diritto di servitù, e ciò per la stessa ragione che il possesso delle servitù continue ed apparenti è sempre legittimo e manutenibile indipendentemente dalla causa costitutiva del diritto. Può però l'attore chiedere di essere ammesso a provare il concorso delle accennate condizioni per dimostrare così la esistenza effettiva della destinazione del padre di famiglia? Noi ci avvisiamo per l'affermativa. E di vero l'attore in giudizio possessorio non è tenuto a provare solamente il possesso della servitù, ma benanche tutti i caratteri che costituiscono la legittimità del possesso medesimo. Ebbene, il dimostrare il concorso delle condizioni necessarie per la destinazione del padre di famiglia, e quindi l'esistenza di questa, contribuisce mirabilmente a stabilire la prova di quei caratteri, ed in ispecie dell'*animus domini* e della non equivocità. Perchè dunque sarà vietato di fare la dimostrazione in parola? La destinazione del padre di famiglia crea la servitù non altrimenti di quel che opera il titolo: or questo, come si è visto, e come è assodato dalla costante giurisprudenza, può sempre esibirsi *ad colorandam possessionem:* dunque per parità di ragioni deve essere lecita la dimostrazione della reale esistenza della destinazione del padre di famiglia. Soltanto, come si è detto del titolo, la sentenza che ordina la dimostrazione della destinazione del pedre di famiglia, e quella che, dopo espletata la prova, prende a delibarne i risultati, sono limitate al giudizio sulla legittimità del possesso, e non pregiudicano la questione di merito sulla esistenza effettiva della destinazione del padre di famiglia, la quale questione è obbietto di giudizio petitoriale *ex integro.*

Fermato ciò, passiamo ad accennare le diverse condizioni necessarie per costituire la destinazione del padre di famiglia, condizioni che l'attore, il quale assume a sostenerle, può dimostrare con qualunque genere di prova (art. 632). Prima condizione: i due fondi, cioè il fondo dominante ed il fondo servente, debbono essere appartenuti ad uno stesso proprietario. Non è però necessario che i due fondi attualmente divisi fossero divisi anche nelle mani dell'antico proprietario per la ragione

che costui ben poteva tenere un fondo indiviso ed intanto tenere soggetta una parte di esso ad una forma di servitù per uso e comodità dell'altra parte: sicchè, venendo in progresso di tempo queste due parti ad alienarsi a due diverse persone, ben rimane la servitù a carico di una parte ed a vantaggio dell'altra. Seconda condizione: il proprietario, cui i due fondi attualmente divisi appartenevano, deve aver posto o lasciato le cose nello stato dal quale risulta la servitù. Da ciò si vede non esser necessario che il proprietario avesse egli medesimo pel primo posto l'accennato stato di cose, ma la destinazione del padre di famiglia ugualmente sussiste ove altri, come un precedente proprietario, od un usufruttuario, od anche un semplice conduttore, avesse posto quello stato di cose, e questo poscia si fosse mantenuto dal proprietario che dopo acquistò il fondo. È però necessario che lo stato delle cose siasi posto, ovvero lasciato da chi era proprietario effettivo, giusta l'espressione dell'articolo 632, il che esclude l'usufruttuario, il conduttore e simili. Terza condizione: i due fondi debbono essere attualmente divisi, cioè appartenere a due diversi proprietari. Nulla rileva il modo come tale divisione è seguìta, se cioè per vendita, per donazione, per divisione od altrimenti, concorrendo in tutti i casi la medesima ragione di decidere. Quarta ed ultima condizione: nel cessare i due fondi, o uno di essi di appartenere allo stesso proprietario, non deve essersi stabilita alcuna convenzione relativa alla servitù, il che si intende di una convenzione espressa e formale, poichè in questo caso solamente il rapporto giuridico tra i diversi proprietari in ordine alla servitù cessa di essere regolato dalla legge in base alla volontà presunta delle parti, ed è invece regolato dalla convenzione.

Finalmente allorquando la servitù risulta dalla prescrizione l'azione di turbativa è ammissibile senza che vi sia bisogno di dimostrare in giudizio la verificazione della prescrizione. Ciò perchè da una parte la ragione costitutiva del diritto non occorre sia provata perchè possa dirsi legittimo e quindi manutenibile il possesso della servitù, e dall'altra parte la legge nell'art. 694 si limita ad esigere il possesso legittimo annale anteriore alla turbativa senza richiedere una maggior durata del possesso, ciò che evidentemente esclude la necessità di dimostrare un possesso trentennale quale è richiesto per la prescrizione delle servitù.

Ma per le ragioni di sopra dedotte a proposito del titolo e ripetute a riguardo della destinazione del padre di famiglia, noi riteniamo che non sia vietato all'attore in possessorio di provare il possesso trentennale e le altre condizioni necessarie al compimento della prescrizione. È vero che la legge, come si è notato, esige la prova del solo possesso annale, ma il meno non esclude il più; il possesso annale è il possesso necessario, ma il possesso trentennale può essere utile, ecco

tutto. Applichiamo poi gli stessi principii superiormente esposti per quel che concerne l'estensione degli effetti della sentenza che dispone la prova del possesso trentennale allo scopo di farne risultare la prescrizione, e la portata della sentenza che toglie a disaminare e giudicare l'esito della raccolta prova.

XV. In tutti i casi però, vuoi che si assuma a dimostrare il solo possesso annale ed anche il possesso trentennale della servitù, egli è d'uopo tener presente nella formazione della prova il disposto dell'art 631, parte I, del codice civile, in cui è sancito: « Nelle servitù affermative il possesso utile per la prescrizione si computa dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle sul fondo servente ». Bisogna qui riflettere che lo esercizio della servitù può essere indipendente dalla costruzione delle opere destinate all'esercizio medesimo. Quando la legge parla di esercizio della servitù affermativa come punto di partenza del possesso utile per la prescrizione, intende parlare dell'esercizio reale, effettivo della servitù: or siccome non è sempre tale la semplice costruzione di opere inservienti alla pratica della servitù, così non sempre basta il provare l'esistenza di tali opere, ma occorre altresì dimostrare che le opere medesime effettivamente hanno funzionato per l'esercizio del diritto. Così, trattandosi di una servitù di acquedotto, non basta il dimostrare di essersi costruito sul fondo servente un acquedotto in fabbrica, ma è mestieri ancora che sia provato come l'acquedotto ha realmente funzionato per la conduzione delle acque. È dal momento di siffatta funzione, non da quello in cui l'acquedotto fu costruito, che può dirsi incominciato il possesso utile per la prescrizione e per l'azione di turbativa. Una conferma autentica, o meglio una applicazione di codesta dottrina, per altro generalmente ricevuta, rinviensi nell'art. 541 del nostro codice.

Alle volte, per contrario, l'esercizio effettivo della servitù è sostanzialmente inerente alla stessa costruzione delle opere inservienti alla pratica delle servitù siccome avviene, a ragione d'esempio, per la servitù di luce e di prospetto, l'esercizio effettivo delle quali consiste nella stessa apertura del vano o della finestra. In questi casi, ed in altri simiglianti, basta naturalmente provare la costruzione delle opere occorrenti alla costruzione della servitù perchè sia implicitamente provato l'esercizio effettivo della stessa.

XVI. Trattandosi di servitù continue ed apparenti l'azione di turbativa è di regola inammessibile, essendo questa specie di servitù regolata alla stessa stregua delle servitù discontinue dall'art. 630 del codice.

XVII. È fatta eccezione per le sole servitù continue negative le quali, sebbene sieno sempre non apparenti, pure dànno luogo ad un possesso utile per la prescrizione, e quindi per l'azione possessoria, dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo ser-

vente per contrastargli il libero uso del medesimo (art. 631 capoverso). Così questo articolo, seguendo l'esempio del codice parmense (art. 541) e del codice estense (art. 599) ha elevato a canone legislativo ciò che in diritto francese è semplice insegnamento della scuola.

Dalla lezione pertanto dell'articolo in esame discende con evidenza che, essendo l'atto formale di opposizione il punto di partenza del possesso legittimo, l'attore in giudizio possessorio deve fornir la prova dell'atto di opposizione se intende dimostrare l'esistenza del possesso manutenibile. Per provare poi l'atto formale di opposizione, secondo la mente della legge, è necessario dimostrare il concorso dei seguenti estremi: 1.° che il proprietario del fondo servente siasi accinto a fare nel suo fondo le opere che il proprietario del fondo dominante pretende di impedire; 2.° che quest'ultimo siesi opposto alla esecuzione di tali lavori, sia convenendo l'esecutore in giudizio, sia notificandogli atto di protesta nel quale siasi fatto valere il diritto che si pretende alla servitù; 3.° che a sèguito di questa opposizione il proprietario del fondo servente abbia desistito dai lavori intrapresi o che si accingeva ad intraprendere (Ricci, vol. 2.°, n. 450).

XVIII. Che decidere pel caso in cui la servitù continua negativa sia costituita da un titolo? Il Belime, appoggiandosi ad un arresto della Cassazione di Francia del 28 febbraio 1814, dichiara inammessibile nel supposto caso l'azione di turbativa, allegando due ragioni: la prima, che non può darsi un vero e proprio possesso delle servitù negative; la seconda, che anche dato un tal possesso, esso è sempre clandestino. Or vediamo se queste ragioni sieno per avventura ben fondate. L'art. 685 del nostro codice, uniforme nella sostanza all'art. 2228 del codice francese, definisce così il possesso: « Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha per sè stesso o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui ». Fra i diritti capaci di possesso ben si comprendono le servitù, e non distinguendo la legge, siccome non distinguono gli interpreti di essa, è chiaro niuna distinzione potersi fare tra le diverse specie di servitù; quindi è che anche delle servitù negative è dato un vero e proprio possesso.

Non può negarsi che a riguardo delle servitù negative è impossibile un esercizio per atti materiali affermativi, nel che sta tutto il ragionamento del Belime, ma è risaputo che per aversi il possesso di un diritto nel suo vero concetto giuridico la pratica di atti materiali affermativi non è punto necessaria, il che è convalidato in modo non dubbio dallo stesso art. 685. Qui infatti si riscontra una doppia espressione — detenzione di una cosa — godimento di un diritto — la prima espressione si riferisce alle cose corporali capaci di una vera detenzione materiale ed a riguardo di esse il possesso si fa consistere in

questa detenzione materiale: la seconda espressione si riferisce alle cose incorporee che sono incapaci di una vera e propria detenzione fisica, ed a riguardo di esse il possesso si fa consistere nel godimento che nel suo giuridico significato non implica la necessità di atti materiali.

Inoltre l'art. 694 ammette l'azione di manutenzione nel possesso di ogni diritto reale senza distinzione di sorta, e ciò deve intendersi dei diritti reali-immobiliari, non dandosi azione possessoria in fatto di mobili. Ora tra i diritti reali-immobiliari l'art. 415 annovera le servitù prediali senza nessuna distinzione: dunque l'art. 694, riferendosi al 415 ammette il possesso manutenibile di tutte le servitù prediali, comprese le negative. Dal disposto dell'art. 694 in esame si escludono è vero le servitù discontinue, e le continue non apparenti non costituite da titolo, ma ciò accade non per la ragione che di siffatte servitù non si dia possesso, ma perchè invece questo possesso è equivoco come di pura tolleranza. Quindi rimane fermo che di tutte le specie di servitù esiste un vero e proprio possesso; per lo meno ciò sarà innegabile quando la servitù è costituita da un titolo, nel qual caso l'azione possessoria è applicabile a qualunque specie di servitù, ciò che importa l'esistenza di un vero e proprio possesso.

Da ultimo la legge riconosce il possesso legittimo delle servitù negative quando vi sia un atto formale di opposizione contro il proprietario del fondo servente. Ora l'atto di opposizione non può avere maggior efficacia del titolo costitutivo della servitù negativa, del quale anzi è un equipollente, un surrogato eccezionale. Dunque ragion vuole che un vero possesso legittimo si riconosca ancora per le servitù negative costituite da titolo.

Ma tale possesso non è per avventura clandestino? No affatto: la pubblicità del possesso è un carattere relativo, e ciò importa che il possesso è sempre pubblico quando il proprietario interessato lo conosce, o è in grado di poterlo conoscere. Or nell'esistenza di un titolo costitutivo della servitù negativa il proprietario del fondo servente, avendo dovuto concorrere o personalmente o per mezzo dei suoi antecessori alla formazione del titolo, non può ignorare o almeno dee presumersi che non ignori il possesso che a base di quel titolo si esercita: questo possesso quindi non è clandestino.

Se adunque delle servitù negative costituite da titolo esiste un vero e proprio possesso, se questo possesso può benissimo rivestire tutti i caratteri della legittimità, noi possiamo ripudiare la teorica del Belime e ritenere ammissibile l'azione di turbativa.

XIX. Conchiudiamo ora la nostra trattazione coll'occuparci di una interessante quistione di diritto transitorio. Dessa sta nel sapere se l'azione di turbativa è applicabile alle servitù discontinue e continue non apparenti acquistate in forza di prescrizione per le leggi preesistite al novello codice civile.

La quistione fu sollevata in Francia e vi die' occasione l'articolo 691 del codice Napoleone il quale, dopo avere stabilito che il possesso anche immemorabile non bastava a costituire le servitù discontinue e continue non apparenti, soggiungeva non potersi impugnare le servitù di tal sorta acquistate già col possesso in quei paesi ove poteano in tal modo acquistarsi. Il Belime, che tratta la proposta quistione (n. 263), la risolve per la negativa allegando due ragioni: la prima, che la prova del possesso immemorabile della servitù discontinua, quale una servitù di passaggio, è impossibile, poichè, dice l'autore, quando i vecchi più avanzati in età deponessero che essi han sempre veduto esercitarsi il passaggio, ciò non proverebbe in alcun modo che da trent'anni il possesso immemorabile erasi acquistato. La seconda, che in tutti i casi il giudice di pace non può aprire una prova sopra fatti così antichi. In appoggio di questa dottrina l'autore cita la conforme opinione di Henrion de Pansey. In un caso solo poi egli concede l'azione possessoria, ed è quando l'attore presentasse una sentenza resa dopo la pubblicazione del codice, la quale stabilisse che a quell'epoca vi era di già un possesso immemorabile. La stessa opinione del Belime fu sostenuta dal Carré, il quale però ne addusse una diversa ragione. Egli disse che quando la prescrizione della servitù non fosse stata precedentemente al giudizio possessorio riconosciuta da un giudicato, il giudice del possessorio dovrebbe sull'istanza dell'attore ordinare una prova dell'allegata prescrizione, ciò che significa cumulare il possessorio col petitorio. Opinò quindi che nella soggetta ipotesi il giudice del possessorio dovesse rinviare le parti al tribunale, e rigettare la domanda di manutenzione (*Giust. di pace,* t. 2, n. 1409). Non mancò poi chi sostenesse la contraria tesi, come il Delvincourt, il Toullier.

Nel diritto civile patrio la quistione ha serbato tutto il suo interesse, mentre se l'art. 630 del codice civile non riproduce la disposizione dell'art. 691 del codice francese intorno alle servitù discontinue e continue non apparenti già stabilite anteriormente alla pubblicazione del codice, vi provvede però in modo uniforme l'art. 21 della legge transitoria del 30 novembre 1865. Uno dei più riputati proceduristi moderni, il Gargiulo, toglie ad esaminare la questione nel commento che ei fa all'art. 82 del codice di procedura civile ed appoggiandosi ad un giudicato della Corte di cassazione di Napoli del febbraio 1872, la risolve anch'egli negativamente. É pregio dell'opera riferire le sue parole (che sono invece le parole del De Luca estensore della sentenza succitata riportata da Cap. e Nap. vol. 6, pag. 470). « Quando manca il titolo, siccome abbiamo detto, il semplice « possesso materiale fa presumere soltanto una tolleranza. In- « fatti prima del 1809 era dato acquistare il diritto ad una ser- « vitù discontinua per mezzo della prescrizione, ed il possesso « di quella, siccome capace di condurre all'acquisto del diritto

« medesimo, poteva benissimo farlo presumere e perciò meri-
« tava il presidio dell'azione possessoria. Sopravvenuta la legge
« per cui fu determinato che le servitù discontinue non al-
« trimenti si acquistassero se non per titolo, ed il possesso
« quantunque immemorabile non bastasse a costituirle (il che
« risponde alla prescrizione dell'art. 630 del codice civile ita-
« liano), l'esercizio di una servitù discontinua, se non si tro-
« vasse già divenuto la manifestazione del diritto acquistato per
« essere già durato quanto era mestieri ad indurre la prescri-
« zione, restò irrevocabilmente mutato in un fatto di semplice
« tolleranza, incapace non solo di condurre alla prescrizione,
« ma di serbare anche il nome di possesso. In questo muta-
« mento obbiettivo si riscontra una conseguenza necessaria del
« mutamento operato dalla nuova legislazione nella coscienza del
« possessore in cui veniva meno l'*animus sibi habendi* e sot-
« tentrava l'*animus alieno nomine possidendi*. Sin da quel punto,
« non essendovi possesso attuale, nè potendo invocarsi l'ante-
« riore a far presumere un diritto che se non fosse arrivato
« già ad acquistarsi non avrebbe mai potuto raggiungersi, e a
« dirla più chiaramente, non potendosi più passare come pos-
« sibile una prescrizione divenuta impossibile, sarebbe neces-
« sario per l'azione possessoria il poter provare l'avveramento
« della prescrizione già prima, il che importa evidentemente
« sperimentare un'azione di proprietà, perchè nella proprietà
« fosse rispettato il possesso, ossia un'azione petitoria sotto
« forma di turbativa. E poichè ciò non sarebbe consenitto nè
« dalla ragion naturale, nè dalla scritta, è forza conchiudere
« che precisamente per la necessità di non confondere insieme
« il petitorio col possessorio, l'azione possessoria nel caso testè
« discorso debba ritenersi non ammissibile ». In tali sensi ebbe
pure a pronunziarsi la Corte di cassazione di Palermo con sen-
tenza 23 giugno 1876, causa Ferrerie-Finanze.

Ad onta della grave autorità dei sullodati scrittori, e delle nostre Corti, noi ci permettiamo di andare in opposta opinione, e vedete se ben ragioniamo. Che cosa richiede la legge per lo sperimento dell'azione di turbativa? Richiede il possesso legittimo del diritto reale: ora non è forse tale il possesso che si abbia di una servitù discontinua o continua non apparente già acquistata per mezzo di prescrizione anteriormente alla promulgazione del nuovo codice civile? Sì certamente: tale possesso era legittimo per le leggi anteriori, tanto legittimo da indurre la prescrizione la quale in ogni legislazione si è fondata precisamente sul legittimo possesso: tale possesso ha continuato ad essere legittimo sotto l'impero del nuovo codice, poichè la legge transitoria mantiene e rispetta le servitù già costituite in forza del possesso anteriore. Per qual ragione dunque dovrà negarsi al possesso, di che ragioniamo, il presidio dell'azione di turbativa? E se la legge transitoria mantiene e rispetta le servitù discontinue e continue non apparenti già

acquistate colla prescrizione, deve ritenersi che essa abbia inteso accordare al proprietario del fondo dominante tutti i mezzi legali necessarii alla conservazione della servitù, dappoichè chi vuole il fine non può non volere il mezzo. Or non è l'azione di turbativa il rimedio più efficace, dalla legge stessa riconosciuto e sanzionato per la conservazione e difesa della servitù legalmente acquisita? Inoltre, la legge transitoria, conservando tutte le servitù di cui ci stiamo occupando, è venuta a rispettare il possesso legittimo di tali servitù in uno dei suoi effetti più importanti, cioè la prescrizione: ora questo possesso produceva ancora per le leggi preesistite l'altro effetto meno importante dell'azione possessoria: non è dunque un assurdo, una mutilazione del concetto legislativo contenuto nell'art. 21 della legge transitoria il ritenere che questa abbia negato al possesso delle servitù di cui si tratta l'effetto dell' azione possessoria, mentre gli riconosce quello più importante della prescrizione? Quando la nostra legge ha conservato le servitù già acquistate colla prescrizione, ha dovuto conservarle nello stesso stato giuridico che esse godevano per le vecchie leggi: dunque ha dovuto riconoscere l'azione di turbativa che per queste leggi era a quello stato inerente. Se così non fosse, la nuova legge sarebbe infetta del vizio di retroattività, poichè verrebbe ad abolire un diritto, quello all'azione di turbativa, che già erasi acquistato per le leggi precedenti, retroattività tanto più incongruente ed illogica per quanto la stessa nuova legge non ha voluto abolire i diritti di servitù già acquistati. Da ultimo, che vuolsi oggi per l'ammissibilità dell'azione di turbativa in fatto di servitù discontinue, e continue non apparenti? Il titolo costitutivo della servitù. Ebbene, non è titolo costitutivo delle servitù discontinue e continue non apparenti anteriori al nuovo codice la prescrizione acquisitiva già compiuta? Certo, poichè è questo titolo precisamente che la legge transitoria ha voluto rispettare per mettersi così d'accordo coll'art. 630 del codice civile, vi è dunque un titolo valido della servitù, un titolo riconosciuto dalle vecchie leggi, rispettato dalla nuova per guisa che può dirsi esservi un doppio titolo, la prescrizione e la legge. E che altro vuolsi per dichiarare ammissibile l'azione possessoria?

Nè ci fan peso le ragioni allegate in contrario dal Belime, le quali ci sembrano poco solide. E di fermo, perchè mai sarebbe impossibile la prova del possesso anche immemorabile tenuto anteriormente al nuovo codice? Per qual ragione, provandosi con vecchi testimoni l'esercizio continuo di una servitù, ciò non farebbe alcuna prova di un possesso trentennale? Riconosciamo bene che, trattandosi oggi di provare un possesso che rimonta ad epoca anteriore al 1809, quando per legge poteano le servitù discontinue e continue non apparenti acquistarsi colla prescrizione, tale prova è sommamente difficile; ma impossibile assolutamente non è, sia perchè tale prova è pre-

sunta possibile in giudizio petitorio, diversamente l'articolo 21 della legge transitoria sarebbe inutile, sia perchè può dessa risultare da titoli, da vestigia di antiche opere, da confessioni consacrate in scritture, da atti che descrivono lo stato de' luoghi, da presunzioni, e cose simili. In ogni caso poi la somma difficoltà di un dato mezzo di prova non autorizza in diritto a conchiudere per la inammessibilità dell'azione possessoria.

Che dire poi della seconda ragione addotta dal Belime? Noi non conosciamo per avventura alcuna legge in cui sia fatto divieto al giudice del possessorio di aprire una prova su fatti remoti. È vero che la legge richiede per l'azione di manutenzione il possesso annale anteriore alla turbativa; ma il meno non esclude il più, nel senso che se la legge tutela il possesso annale, deve *a fortiori* proteggere il possesso ultra-annale, per lo che non ci sembra che in giudizio possessorio sia vietato aprire una prova sul possesso remoto sempre che questo sia stato continuato fino al momento della turbativa.

Per quanto poi apparentemente più serie le ragioni del Gargiulo, ossia della Corte suprema di Napoli, nemmeno riescono a persuaderci. Conveniamo pienamente che, sanzionato il principio dell'articolo 630 del codice civile, l'esercizio delle servitù discontinue e continue non apparenti tenuto anteriormente alla promulgazione del codice si è trovato mutato in un fatto precario, in un possesso di mera tolleranza incapace di dar luogo all'azione possessoria, ciò che fu già insegnato da Toullier, Pardessus, Carré, Dalloz, Duranton: che per potersi tale azione esercitare a riguardo di quelle servitù è necessario provare essersi già compiuta anteriormente al nuovo codice la prescrizione acquisitiva delle servitù medesime. Ma siffatta prova disposta in sede di giudizio possessorio implica lo sperimento di un'azione petitoria sotto forma di turbativa, e quindi il cumulo del possessorio col petitorio? Ecco il punto in cui discordiamo dagli egregi avversari. Se nel disporre la prova della verificata prescrizione, e nel delibare poscia i risultati della raccolta prova il magistrato del possessorio venisse a giudicare nel merito della prescrizione e la ritenesse definitivamente stabilita come causa dell'acquisto del diritto, ovvero come tale la respingesse; se la sua sentenza pregiudicasse la questione di merito in una forma qualunque, e prevenisse così il giudizio petitorio, in tal caso converremmo nel riconoscere il cumulo del possessorio col petitorio. Ma così non è: la sentenza resa in possessorio non fa che delibare la questione di prescrizione, non la giudica nel merito, non pregiudica la questione dell'esistenza o meno del diritto, non previene il giudizio petitorio, e per conseguenza non può parlarsi di cumulo del possessorio col petitorio. Un perfetto parallelo insomma crediam di scorgere fra la sentenza in esame e quella che in giudizio possessorio deliba il titolo costitutivo della servitù per ricavarne la prova della legittimità del possesso. Se in ciò la dottrina e la giurisprudenza è concorde, nè

riconosce cumulo nel possessorio col petitorio, lo stesso è a dire nel nostro caso. Manteniamo dunque che l'azione di turbativa è ammissibile per le servitù discontinue e continue non apparenti acquistate colla prescrizione anteriormente alla attuazione del codice civile italiano.

AVV. FRANCESCO CIABURRI.

APPENDICE VIII.

Delle strade vicinali (*a*)

CAPO I.

DEL CARATTERE DELLE STRADE VICINALI.

§ 1. — *Della classificazione delle strade.*

La legge intorno ai lavori pubblici del 20 marzo 1865, come sopra abbiamo detto, distingue le pubbliche strade in *nazionali*, *provinciali*, *comunali* e *vicinali*, per la convenienza di determinare la direzione e lo spazio in conformità della rispettiva destinazione, e di porre la spesa necessaria a costruirle e mantenerle a carico di coloro nel vantaggio dei quali siano più specialmente ordinate, e che, avendo bisogno di usarne, e continuamente, hanno il maggiore interesse alla loro esistenza e conservazione.

Sono *strade nazionali:*

a) Le grandi linee stradali che nel loro corso congiungono direttamente parecchie delle città primarie del regno, o queste coi più vicini porti commerciali di prima classe;

b) Quelle che allacciano le precedenti alle grandi linee commerciali degli Stati limitrofi;

c) Le grandi strade attraverso le catene principali delle Alpi o degli Appennini;

d) Quelle che hanno uno scopo esclusivamente militare.

Sono *provinciali:*

a) Le strade che servono alla più diretta comunicazione

(*a*) Riportiamo alcuni appunti di dottrina e giurisprudenza amministrativa su questa importante materia delle strade e segnatamente delle vicinali, fornitici da un distinto cultore di diritto amministrativo.

fra il capo-luogo di una provincia e quelli delle provincie limitrofe;

b) Quelle che dal capo-luogo di una provincia conducono ai capo-luoghi dei circondari in cui essa è divisa;

c) Quelle che collegano i capo-luoghi di provincia o di circondario coi vicini porti marittimi più importanti;

d) Quelle che sono riconosciute di molta importanza per le relazioni industriali, commerciali ed agricole della provincia, o della maggior parte di essa, purchè facciano capo a ferrovie, a strade nazionali, o almeno ad un capo-luogo di circondario della stessa o di altra provincia.

Sono strade *comunali:*

a) Quelle necessarie per porre in comunicazione il maggior centro di popolazione d'una comunità col capo-luogo del rispettivo circondario e con quelli dei comuni contigui.

Non sono considerate come contigue le comunità separate l'una dall'altra da una elevata catena di monti;

b) Quelle che sono nell'interno dei luoghi abitati;

c) Quelle che dai maggiori centri di popolazione di un Comune conducono alle rispettive chiese parrocchiali ed ai cimiteri, o mettono capo a ferrovie e porti, sia direttamente, sia collegandosi ad altre strade esistenti;

d) Quelle che servono a riunire fra loro le più importanti frazioni di un Comune;

e) Quelle che al momento della classificazione si troveranno sistemate e dai Comuni mantenute, salve le ulteriori deliberazioni dei Consigli comunali, di cui è parola all'articolo 18 della legge.

Tutte le altre strade non iscritte nelle precedenti categorie e soggette a servitù pubblica sono *vicinali.*

§ 2. — *Le leggi romane e le strade vicinali.*

I bisogni generali dell'agricoltura e della postorizia, in quanto a indirizzo di vie di comunicazione, si sono manifestati sino dai primordi, che le proprietà si sono ripartite, quindi sin da epoche remotissime il tracciamento delle vie vicinali fu distinto e specificato.

Le leggi romane partivano le strade in pubbliche e private: *viae quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales; publicas vias dicimus quas Greci basilicas, idest regias, nostri praetorias, alii consulares appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt, quae in vicis sunt, vel quae in vicos docunt, has quoque publicas esse quidam dicunt; quod ita verum est, si non ex collatione privatorum reficiantur* (leg. 2, § 22, ff. *Ne quid in loco public. vel itin. fiat*).

I Romani dissero vie pubbliche le sole *pretorie* ossia *conso-*

lar., e sotto questa categoria comprendeano le nostre vie sì *nazionali* che *provinciali*. Quelle che noi chiamiamo *comunali* eran dette *vicinali* da *vicus* borgo o villaggio, che erano nei borghi o conduceano ai medesimi e il giureconsulto Ulpiano si pronunzia per la loro qualità pubblica, purchè non siano costruite e mantenute a spese dei privati, *si non ex collatione privatorum reficiantur*. Le vie *agrarie*, ossia *private*, corrispondono alle vie *vicinali* delle nostre leggi.

Dette vie sono di lor natura di proprietà privata, ma possono ancora andar soggette a servitù di passaggio a favore del pubblico: esse per lo più consistono in quei viottoli, che, partendo come raggi dalla via consolare, riescono nelle private proprietà, e quindi bene il Gotofredo, nel commentare la suddetta legge romana, le chiama *diverticoli* dalla via consolare alle private proprietà: *e quibus ex via publica divertetur in villas aut colonias*. A queste vie, osserva lo stesso Ulpiano nella legge surriferita, per lo più *imposita est servitus ut ad agrum alterius ducant*, e talora questa servitù non si restringe ai soli *complateari*, ossia proprietarii della stessa contrada, ma si estende ancora a pro di tutti, *per quas omnibus permeari licet, in quas exitum de via consulari, et sic post illam excipit via, veliter, vel actus ad villam ducens* (ibid. § 22).

Si noti la corrispondenza o per meglio dire la identità della locuzione romana, *viae agrariae quibus imposita est servitus*: con quella del legislatore italiano e di altre nazioni moderne *vie vicinali soggette a servitù*, per indicare la grandissima differenza fra le strade essenzialmente pubbliche e quelle d'infima categoria, il cui suolo si appartiene ai privati e su cui per *accidens* il pubblico non ha che le servitù di passaggio.

§ 3. — *Importanza delle strade vicinali.*

Le strade vicinali, nel loro modesto, ma vitale ufficio di agevolare i trasporti agricoli, tengono un gran posto nel sistema della viabilità. Esse servono d'ordinario per accedere a gruppi di case, ad una fonte pubblica, ad un abbeveratoio, a fondi o pascoli di uso comune, oppure giovano all'agricoltura di certe parti del territorio, e d'ordinario cominciano da un lato con la strada pubblica e con l'altro si sperdono nei campi, come insegnavano gli antichi Romani, *pars sine ullo exitu intermoriuntur*.

Non occorre dimostrare l'importanza di coteste strade le quali delle volte portano una trasformazione nella viabilità, perchè sovente vediamo formarsi gradatamente da un sentiero vicinale una carreggiata campestre, poi riconosciutane col suo estendersi la maggiore importanza passare fra le strade comunali, dare origine alla formazione di casolari, di stabilimenti agricoli, ed a strade di più estesa importanza territoriale; cosicchè de-

vesi cercare di favorire anche di queste lo sviluppo, rimuovendo tuttociò che potesse essere d'impedimento al loro primo formarsi, di proteggere la conservazione, dopo formate, togliendo quegli ostacoli che potessero frapporsi dai privati al libero passaggio delle stesse.

§ 4. — *Differenza fra la legge 20 marzo 1865 e la legge 20 novembre 1859.*

Una innovazione è stata introdotta dalla legge 20 marzo 1865, nello stabilire le varie classi delle strade, e nello attribuirne la competenza della spesa.

La legge del 20 novembre 1859 divideva le strade in *comunali e private soggette a pubblica servitù,* le quali ultime venivano pure divise in due specie: la prima delle strade dette anche *vicinali*, gravate di servitù a favore del pubblico, come sono quelle, che, percorrendo proprietà private, tendono a qualche tenimento comunale, ad abitati segregati dal capo-luogo, ad altre pubbliche comunicazioni, chiese, edifizii, stabilimenti di pubblica spettanza; la seconda, delle strade *semplicemente* private, appartenenti a varii proprietarii, ed inservienti specialmente al bisogno dell'agricoltura.

Coteste strade in alcuni luoghi sono dette anco *consorziali*, perchè mantenute dal consorzio degli utenti, e che precisamente corrispondono alle *rurali* di Francia, dove sono dette vicinali e nostre strade comunali.

Invece la nuova legge del 20 marzo 1865 allegato F., ha denominate indistintamente *vicinali*, tutte quelle strade, le quali non hanno gli estremi voluti dalla legge stessa per essere annoverate tra le comunali e sono soggette a servitù pubblica.

Le strade vicinali adunque non sono alla pari delle altre essenzialmente pubbliche, ma solo affette da pubblica servitù; la quale rimane inalterata nelle vicende delle contrattazioni private, cui possono andar soggette.

Il perchè la legge del 20 marzo 1865 sui Lavori Pubblici, riproducendo la disposizione romana *ex privatorum collatione reficiantur*, prescrive all'art. 51 che la riparazione e la conservazione delle strade vicinali sta a carico di coloro che ne fanno uso per recarsi alle loro proprietà, sia che queste si trovino o no contigue con le strade stesse: e nell'art. 19 si limita a dire che le strade vicinali sono soggette alla vigilanza delle autorità comunali.

§ 5. — *La via vicinale quando è pubblica e quando è privata.*

L'art. 16 della legge sui Lavori Pubblici, 29 marzo 1865, dichiara alla lettera *a* esser strade comunali quelle necessarie

per porre in comunicazione un Comune del capo-luogo con gli altri Comuni contigui; estende poi sotto la lettera *b* siffatta qualifica a tutte quelle strade che si trovano nell'*interno dei luoghi abitati*, senz'altra distinzione, e cosa debba intendersi precisamente per *strada*, è spiegato dall'art. 22, ov'è detto, che nell'interno delle città e de' villaggi fanno parte delle strade comunali le piazze, gli spazii ed i vicoli adiacenti ed aperti sul suolo pubblico, senza altrimenti richiedere, che codesti vicoli facciano capo ad altra via pubblica da più lati, piuttosto che da un solo. E tale appunto è il concetto della via vicinale secondo il diritto comune: *Vicinales*, dice Ulpiano (l. 1, 2, ff. 22, D. 43, 8), *sunt viae, quae in vicis sunt, vel quae in vicos ducunt*.

Ma le vie vicinali possono secondo i casi essere pubbliche o private, e volendo designare la differenza loro dalle vie militari, che sono sempre pubbliche, lo stesso giureconsulto insegnava: *Harum autem vicinalium viarum dissimilis conditio est; nam pars eorum in militares vias exitum habent pars sine ullo exitu intermoriuntur* (l. 1, 3, ff. 1, D. 43, 7).

Poco dunque importa sapere con quale denominazione venga designato uno spazio o vicolo, poco importa che esso da una parte sola piuttosto che da due metta capo ad altra via pubblica, e che per conseguenza il medesimo serva di comunicazione con la via pubblica principale soltanto per le vie private, dalle quali è fronteggiato; ma tale circostanza non fu mai considerata come estensiva della proprietà pubblica, ed una appena mediocre conoscenza delle nostre città, ove si trovano tanti *vicoli chiusi*, che furono sempre considerati proprietà comunale, basta a dimostrare la vanità della tesi contraria.

L'indagine se il suolo sia da considerarsi pubblico o privato è semplice, perchè secondo i principii del diritto comune, le vie vicinali, come già disse, possono essere pubbliche o private; si considerano pubbliche ogni qualvolta non siano costituite *ex collatione privatorum* (1, 2, ff. 22, D. 43, 8), e sempre quando, abbenchè in origine costituite *ex agris privatorum collatis*, non si abbia però di tali collazioni memoria alcuna (1, 3, D. 48, 7. *Sentenza della Corte di appello di Genova, in data 28 luglio 1876*) (1).

Uguale principio confermava la Corte di appello di Napoli, giudicando che le vie vicinali formata dai territori dei privati, quando non esiste memoria di loro origine, si debbono reputare pubbliche. (*Sentenza in data 3 luglio 1874*) (2).

La Corte di cassazione di Firenze dichiarò che una via, la quale percorre il terreno di più e diversi proprietari, che è per tutti il più facile mezzo di comunicazione con la strada pub-

---

(1) *Manuale degli amministratori comunali e provinciali*, pag. 301.
(2) *Man.* cit., 1874, pag. 378.

blica, che è stata per molto tempo usata da essi e dai loro coloni, si presume costruita sul terreno contribuito dai possessori limitrofi, *ex agris vicinorum collatis*, conforme il diritto romano. Ulpiano infatti decide che *viae vicinales quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt.* (L. 3, D. *de loc. et il it. pub.* XLIII, 7. Vedi anche leg. 2, ff. 22, D. *ne quid in loc. pub. vel. itin.* XLIII, 8).

E il giudizio di fatto che lo dichiara è incensurabile in Cassazione.

Dichiarata la vicinalità della via il giudice non è più tenuto ad esaminare le domande e le eccezioni intese a sostenere o a negare l'esistenza di una servitù sulla via stessa a prò dei fondi contigui. (*Sentenza in data 7 dicembre 1874*) (1).

La stessa Corte con sentenza in data 3 dicembre 1868 stabiliva che la strada vicinale si ritiene privata se essa fu costruita sopra suolo fornito da privati. In caso diverso la strada si ritiene pubblica.

Pubblica diviene ancora la strada vicinale originariamente privata, se non si ha memoria del tempo in cui fu costruita ed incominciò ad assere usata dal pubblico.

Possono impedire che la via vicinale privata sia chiusa soltanto a quelli che contribuirono il suolo per la sua formazione (2).

É incensurabile in sede di Cassazione la sentenza con la quale i giudici del merito, fondandosi sopra apprezzamento di elementi di fatto, di circostanze di località, di deposizione dei testimoni, vengono a stabilire che una determinata strada ha carattere del tutto privato, e che quindi non è nè *comunale*, nè *vicinale* o altrimenti *soggetta a servitù pubblica.*

Il fatto che in un antico elenco delle strade vicinali del Comune sia stata compresa una determinata strada non toglie il diritto, a chi vi ha interesse, di far decidere nella competente sede giuridica se la strada stessa sia *gravata di servitù* a fafore del pubblico, o se invece non sia che una *strada particolare* o *privata.*

E incensurabile in sede di Cassazione la sentenza colla quale, vagliate tutte le circostanze di fatto e di località, decide che al proprietario di un fondo, avente uscita sulla via pubblica, non compete la servitù di passaggio sul fondo del vicino all'oggetto di procurarsi una più comoda comunicazione con la via stessa. (*Sentenza della Corte di cassazione di Torino, in data 28 luglio 1874*) (3).

Una strada, che dia accesso ad un ponte, il quale sia l'unico

(1) *Man.* cit., 1875, pag. 111.
(2) *Rivista Amministrativa* 1869, pag. 417.
(3) *Riv. Amm.* 1875, pag. 330.

mezzo di comunicazione fra varie frazioni di un Comune, veste i caratteri, in virtù dei quali la legge riconosce simili strade siccome gravate di servitù a favore del pubblico; e per conseguenza non si estingue con la prescrizione a cagione del non uso, da parte di taluno dei membri della comunità, del diritto di passaggio sulla detta strada. (*Sentenza della Corte di cassazione di Torino, in data 13 gennaio 1875*) (1).

Una via che da un lato solo comincia con la strada pubblica, e con l'altro si sperde nei campi non può essere una via vicinale. (*Sentenza della Corte d'appello di Napoli, in data 3 luglio 1874*) (2).

Una strada, che per l'avanti sia stata sistemata e mantenuta dai proprietarii vicinanti, e non dal Comune, non ha i caratteri di cui è cenno nella lettera *a* dell'art. 16 della legge 20 marzo 1865 sui Lavori Pubblici.

Una strada manca pure dei caratteri, di cui la lettera *a* pel medesimo scopo, quando sul territorio, pel quale dovrebbe passare, vi sia sparsa in varii casolari una popolazione maggiore di quella sparsa in ciascuna delle altre contrade o borgate, ma non costituisca il *maggior centro di popolazione del Comune*.

Per centro, nei Comuni composti di frazioni o casolari, s'intende in linguaggio amministrativo, l'aggregato di abitazioni nel quale vive riunito il maggior numero di comunisti, o vi sono gli uffici comunali, e gli altri stabilimenti o locali inservienti all'uso di tutto il Comune.

Diviene poi tanto più infondata l'applicazione di detta lettera *a*, quando la classificazione di una strada fra le comunali sia reclamata solo da pochi individui e fra questi alcuni di quelli interessati; oppure quando la strada non sia di necessità per gli abitanti del centro principale, o ne esista altra che possa in qualche modo farne le veci. (*Parere del Consiglio di Stato, in data 11 gennaio 1870*) (3).

CAPO II.

DEGLI ELENCHI DI CLASSIFICAZIONE DELLE STRADE VICINALI.

§ 6. — *Se si deve compilare l'elenco di classificazione delle strade vicinali.*

Al titolo II, capo I, sezione IV della legge 20 marzo 1865, sui Lavori Pubblici, troviamo delle *disposizioni comuni alle*

(1) *Man.* cit 1875, pag. 111.
(2) *Man.* cit. 1874, pag. 378.
(3) *Man.* cit. 1870, pag. 95.

strade nazionali, provinciali, comunali e vicinali e all'art. 20 si legge:

« Gli elenchi delle strade approvati definitivamente, e di cui « sarà deposta copia negli archivii della Prefettura, fanno prova « in materia di strade per tutti gli effetti di ragione.

« Le questioni però che insorgono sulla proprietà del suolo « delle medesime o delle opere annesse sono giudicate dai « tribunali ordinarii ».

Da ciò forse derivò la questione se dovesse o non formarsi l'elenco di classificazione delle strade vicinali.

Il Ministero dei Lavori Pubblici con la circolare in data 17 dicembre 1866 (1) dichiarò:

« La legge non prescrive di formare l'elenco delle *strade vicinali,* ma non impedisce neppure che il Consiglio comunale dichiari, in seguito ad un esame generale del territorio, quali a suo credere siano le strade sulle quali deve portarsi la vigilanza delle autorità comunali a seconda dell'art. 19, ed ove occorra, deliberi, per quali il Municipio abbia a concorrere nella spesa di conservazione o di miglioramento in una misura proporzionata alla rispettiva importanza delle singole vie. Ad ogni modo il dichiarare vicinale una strada non implica alcun cambiamento nella proprietà del suolo, cosicchè, ove venga conservata sull'antica traccia, la dichiarazione non può dar luogo ad espropriazioni o a compensi, nè può far perdere al Comune quella proprietà del suolo, che già gli fosse riconosciuta ».

Il Consiglio di Stato si trattenne anco sull'argomento, e considerò:

La legge sull'ordinamento stradale ne ha distinto i servizi nelle tre categorie delle strade nazionali, provinciali e comunali, la cui proprietà attribuì allo Stato, alla Provincia ed al Comune, ed ordinò la formazione di tre separati elenchi i quali fanno prova nella materia per tutti gli effetti di ragione.

In ordine ai minori mezzi di comunicazione dichiarò la legge che tutte le altre strade non iscritte nelle categorie suaccennate e soggette a pubblica servitù sono vicinali.

Mentre s'astenne la legge da ogni dichiarazione in riguardo alla proprietà delle strade vicinali, le sottopose alla vigilanza delle autorità comunali, stabilì che gli utenti dovessero sopportare le spese di riparazione e conservazione col concorso del Municipio per alcune di esse, e fissò le norme con le quali gli interessati potessero far valere i loro diritti e reclami.

Allo stato della legislazione se nulla vi ha da eccepire contro la deliberazione di un Comune sulla soppressione di un tronco di strada dall'elenco delle vicinali, perchè la legge non prescrive tale elenco, è chiaro altresì che la deliberazione stessa

(1) *Man.* cit. 1867, pag. 6.

non ha o non può avere influenza ed efficacia nei diritti spettanti agli utenti, ed è quindi un atto vano, non potendosi raggiungere lo scopo d'impedire il passaggio a chi fu ed è in ragione di praticarlo; perchè la proprietà del suolo delle strade vicinali, formando parte del patrimonio privato, sia desso di singoli individui, o di corpi morali, e così anche del Comune, trovandosi soggetta a servitù pubblica, tale servitù sta ferma in chiunque passi la proprietà medesima finchè, col consenso degli aventi diritto, venga a cessare, o sia altrimenti estinta. (*Parere in data 19 gennaio 1876*) (1).

E la Corte di cassazione di Torino decise che le prescrizioni della legge 20 marzo 1865 sui Lavori Pubblici, concernenti la compilazione degli elenchi stradali, non si applicano alle strade impropriamente dette vicinali, che sono di uso privato ed esclusivamente pertinenti ai possessori dei terreni confinanti; a motivo che tanto il Regio Brevetto 28 ottobre 1839, quanto la legge 20 marzo 1865 non ebbero mai per iscopo di menomare ed intaccare in modo qualsiasi i diritti spettanti ai privati fin dall'antica formazione, quali diritti involgono necessariamente questioni attinenti alla proprietà del suolo; e tali questioni anche, per espresso disposto del capoverso dell'invocato art. 20 della legge sui Lavori Pubblici 20 marzo 1865, sono state riservate alla cognizione dei tribunali ordinari. (*Sentenza in data 19 marzo 1878*) (2).

§ 7. — *Ragione per cui non debbono compilarsi gli elenchi.*

La ragione, per cui non debbono esser compilati gli elenchi delle strade vicinali, la troviamo spiegata nella sentenza della Corte di cassazione di Napoli, in data 9 giugno 1870.

« Lo scioglimento di siffatta questione dipende nella fattispecie dalla diversità delle strade. Vi ha delle vie *nazionali provinciali e comunali*, esse essenzialmente appartengono alla Nazione, alla Provincia, al Comune, sono proclamate solennemente di *uso pubblico*, sono le arterie per cui vive e si agita il corpo collettivo raccolto in Nazione o diviso in Provincie, o suddiviso in Comuni. Esse sono regolate e dirette al pubblico servigio, e, senza controllo di altra giurisdizione, dal potere amministrativo (articolo 9 e seg. legge sulle Opere Pubbliche).

Perchè poi una strada sia dichiarata appartenere ad una di queste tre categorie fa duopo della iscrizione negli *elenchi* e tale iscrizione si fa nelle forme più solenni e dati i termini e le facoltà opportune ai privati per opporsi a siffatta iscrizione; quali termini inutilmente decorsi riman fermo il possesso pubblico; ed il privato non potrebbe convellere tal possesso che nel giudizio petitoriale.

---

(1) *Man.* cit., 1876, pag. 51.
(2) *Man.* cit, 1878, pag. 330.

La cosa va ben diversamente per le vie vicinali. Tutte le altre strade, vien sancito nell'art. 19 della prefata legge, non iscritte nelle precedenti categorie e soggette a servitù pubblica sono vicinali.

Le strade vicinali sono soggette alla *vigilanza delle autorità comunali.* Se dunque le vie vicinali non sono essenzialmente pubbliche, come le nazionali, provinciali e comunali, ma soggette a *servitù pubbliche*; se le autorità amministrative possono semplicemente *vigilare*, dovere che incombe ad ogni buon padre di famiglia, non si può, senza offendere la lettera e lo spirito della legge, confondere la piena proprietà con la semplice servitù, la gestione con la vigilanza.

Queste idee si vestono di una luce apodittica con l'art. 20 della suddetta legge così concepita: « Gli elenchi delle strade approvati definitivamente, e di cui sarà deposta copia negli archivi della Prefettura, fanno prova in materie di strade e per tutti gli effetti di ragione.

« Le quistioni però che insorgono su la *proprietà* del suolo delle medesime, o delle opere annesse sono giudicate dai tribunali ordinari ».

Da ciò si scorge che per le strade iscritte negli *elenchi* non si largisce nè si poteva largire azione possessoria (1): la *iscrizione* consumata dopo tanta pubblicità e adempimento di formalità amministrative, *fa prova in materia di strade per tutti gli effetti di ragione.* Non si concede altro rimedio che il giudizio petitoriale. Ecco perchè si soggiunge: « le questioni però « che insorgono sulla proprietà del suolo delle medesime o « delle opere annesse sono giudicate dai tribunali ordinari ».

È regola generale di ogni retta legislazione, è canone fondamentale di ogni governo civile, che non si può togliere ad un cittadino una guarentigia a tutti concessa, senza una speciale limitazione. Il legislatore non ammise il giudizio possessorio per le vie nazionali, provinciali e comunali ed espressamente lo dichiarò. La iscrizione nell'*elenco* solennemente fatta ed opponibile in determinato periodo, vale qualche cosa di più del giudizio possessorio. Fermato adunque una volta il possesso, non si può contendere che della sola proprietà.

Ciò non può dirsi per le altre strade non iscritte nell'elenco; e il privato non fu precedentemente avvertito ed inteso sul possesso di dette vie; senza alcun antecedente che mallevasse le sue ragioni, ei sarebbe spogliato di una guarentigia comune e costretto a ricorrere alle tarde o lunghe vie del petitorio.

---

(1) Le Corti sono unanimi nel ritenere che in materia di strade soggette a servitù di passaggio, la legge sulle opere pubbliche del 20 marzo 1865 non ammette giudizio possessoriale; e la stessa Corte di cassazione di Napoli, come diremo più avanti, con le sentenze in data 7 dicembre 1876 e 22 giugno 1878, ha mutato opinione, dichiarando inapplicabile l'articolo 415 del codice di procedura civile e salva soltanto alle parti l'azione in petitorio.

Due gravissimi inconvenienti deriverebbero da ciò: il primo si è che le vie vicinali godrebbero degli stessi privilegi delle vie nazionali, provinciali e comunali senza essersi prima sobbarcate alle condizioni imposte a queste per divenir tali. Il secondo inconveniente, che ogni giorno minaccerebbe la pace di ogni cittadino dabbene, si è che piacendo ad un Sindaco di qualificare per strada vicinale quella che non lo è dovrebbe il cittadino medesimo acquietarsi a tale qualificazione senza potere dimostrare il possesso a suo favore (*Sentenza 9 giugno 1870*) (1).

§ 8. — *Se possa sopprimersi una strada vicinale e vendersi il suolo.*

È massima fondamentale di diritto pubblico che i beni destinati all'uso pubblico sono inalienabili finchè dura siffatta loro destinazione, la quale può cessare per espressa deliberazione dell'autorità amministrativa e legislativa che l'ha decretata, o di fatto per un contrario uso pubblico o per avvenimento naturale, che abbia soppresso il pubblico servizio a cui i beni erano consacrati.

La quistione è ben diversa per le strade vicinali; esse non appartengono alla classe dei beni destinati all'uso pubblico; ma sono proprietà private soggette a pubblica servitù.

— Se allo stato della legislazione vigente sulle pubbliche strade nulla vi ha da eccepire contro la deliberazione di un Comune che abbia soppressa ossia cancellata una strada vicinale dal relativo elenco, poichè come abbiamo detto la legge sui Lavori Pubblici non ha punto obbligato i Comuni a compilare *un elenco delle strade vicinali*, non può avere alcuna influenza ed efficacia sui diritti spettanti agli utenti la deliberazione di un Comune con la quale si ordini la soppressione e la vendita del suolo di una strada vicinale, non potendosi raggiungere lo scopo d'impedire il passaggio a chi fu ed è in diritto di praticarlo.

La proprietà del suolo delle strade vicinali, formando parte del patrimonio privato, sia desso di singoli individui o corpi morali, e così anche del Comune, e trovandosi soggetto a servitù pubblica, tale servitù sta ferma in chiunque passi la proprietà medesima, finchè, col concorso degli aventi diritto, venga a cessare o sia altrimenti estinta.

Di conseguenza a tale principio anche nelle vie amministrative è ammessibile il ricorso di un utente di strada vicinale contro la decisione della Deputazione provinciale, che ha approvata la soppressione deliberata dal Comune di una strada vicinale, e l'alienazione del relativo suolo ad un privato; diretto, come è, tale ricorso a togliere di mezzo una deliberazione, qua-

(1) *Man.* cit., 1871, pag. 55.

lunque ne sia l'efficacia, per cui si vorrebbe soppressa una strada vicinale, quando dall'autorità municipale non è esclusa la *servitù pubblica*, e che lede comunque i diritti del ricorrente a fronte della condizione dei luoghi e degli interessi dei proprietari dei fondi circostanti (*Parere del Consiglio di Stato, 19 gennaio 1876*) (1).

— Quando il Comune abbia tolto una strada dall'elenco delle *comunali*, dichiarando di classificare *la strada stessa tra le vicinali*, con una tale dichiarazione si è interdetta la facoltà di *sopprimere* in seguito la strada e di *alienarne* il suolo, sottraendola agli usi degli interessati; poichè (a parte la questione della proprietà del suolo) si tratta nel caso di una *servitù pubblica*, alla quale venne e rimane sottoposta nella sua qualità di *vicinale* a tenore dell'art. 19 della legge (*Parere del Consiglio di Stato, 28 luglio 1875* (2).

— Se il Comune cancellando una strada dall'elenco delle comunali dichiara doversi classificare tra le vicinali, e ne vende il suolo ad un privato, che incorpora il fondo nei suoi beni precludendo ogni passaggio, senza che i proprietari degli stabili latistanti facciano opposizione, non è ammessibile il reclamo di un Comune contermine contro la soppressione della strada, indipendentemente dall'essere proprietario di fondi o dall'esistenza di servitù particolare (*Parere del Consiglio di Stato, 10 maggio 1876*) (3).

— *Può un Consiglio comunale (indipendentemente da qualsiasi altra formalità amministrativa d'iscrizione o cancellazione di elenco) deliberare di sopprimere ed alienare ad un tale che lo chiede, un breve tratto di strada* vicinale (*il cui suolo è proprietà comunale*) *che non solo non serve più allo scopo per cui fu anticamente costrutta, ma è totalmente abbandonata, non transitando più alcuno per la medesima?*

Non vediamo la necessità di alcuna procedura preliminare alla deliberazione di sopprimere la strada vicinale, della quale si tratta e di alienarne il suolo.

Non vi è un elenco, obbligatorio per legge, delle strade vicinali tuttochè sia verissimo che queste sono soggette alla vigilanza dell'autorità amministrativa. Legalmente parlando non vi è adunque nel caso concreto da procedere a cancellazione

---

(1) *Riv. Amm.*, 1876, pag. 150.

(2) *Man.* cit., 1876, pag. 45. — *Riv. Amm.*, 1875, pag. 847.

(3) *Man.* cit., 1877, pag. 14. — *Riv. Amm.* 1876, pag. 885. — Il Consiglio di Stato considerò che le strade vicinali possono sopprimersi o modificarsi *per consenso degli interessati proprietari degli stabili latistanti*, salvo in quanto i loro diritti di proprietà non siano limitati da servitù, costituente una ragione civile esperibile avanti i tribunali.

Nel caso concreto poi dichiarò non potersi trarre argomento in contrario dal parere 28 luglio 1875, perchè per lo appunto in quel caso i reclamanti erano il Beneficio parrocchiale e i proprietari di beni e case, cui serviva d'accesso la strada in quistione.

della strada da elenco; e al più può dirsi nel caso conveniente un diffidamento ai comunisti che eventualmente *usano* della strada, perchè espongano le loro ragioni alla conservazione della medesima, all'effetto di porgere gli elementi di una ponderata deliberazione al Consiglio comunale.

Epperò nulla impedisce al Comune di alienare il suolo della strada stessa, che esso dice di sua *proprietà*. Se poi la strada fosse di proprietà degli utenti frontisti, l'interesse ad opporsi, e quindi l'azione spetterebbe sempre a questi soltanto nella loro qualità di *proprietari* è indipendente dall'iscrizione o no della strada nell'elenco e catalogo delle vicinali del luogo.

Sarebbe diverso il caso in cui il Comune avesse cancellato una strada dalle comunali e dichiarato il suo passaggio tra le vicinali. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato questa dichiarazione precluderebbe la via ad alienare il suolo (1).

— *La Deputazione provinciale può opporsi al passaggio di una strada dalle comunali alle vicinali?*

Abbiamo visto come non fosse impedito ad un Comune di togliere una strada dall'elenco delle strade comunali e di passarla nelle vicinali come affetta di pubblica servitù; è il caso ora di esaminare se la Deputazione provinciale possa opporsi a tale passaggio.

La Deputazione provinciale non può opporsi a tale passaggio, quando dai riscontri tecnici sia provato che la strada in questione non ha propriamente importanza per le comunicazioni obbligatorie del Comune, e non presenta che una utilità ristretta e relativa a pochi proprietari frontisti.

Eccederebbe quindi le sue facoltà la Deputazione provinciale che nel caso suespresso sostituisse la sua azione a quella del Comune, provvedendo d'ufficio alla compilazione del progetto per la sistemazione della strada e all'appalto dei lavori (*Parere del Consiglio di Stato, 7 luglio 1875* (2).

BIAGIO PUNTURO.

---

(1) *Riv. Amm.* 1876, pag. 60.
(2) *Man.* cit., 1876, pag. 52.

APPENDICE IX.

Chi propone l'azione negatoria è egli dispensato dalla prova della libertà, quando il convenuto ha per sè una sentenza di manutenzione nel possesso annale della servitù?

Il possesso, fatta anche astrazione dal diritto, costituisce un rapporto giuridico del possessore colla cosa, che la ragione pubblica e privata ci dice non potersi arbitrariamente distruggere; quindi chi pretende di distruggerlo e sostituirsi al possessore deve dimostrare di avervi diritto, altrimenti il possessore convenuto in giudizio ha diritto di andare assolto. Questo possesso adunque ha molta importanza nelle prove. Ed è quanto ci insegnava Giustiniano, dopo altri, nelle sue Instituzioni al § 4 *de interdictis:* « Commodius est et potius possidere, quam petere: ideoque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi res ejus non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio ».

Onde nelle questioni di stato delle persone si riteneva, fino a prova contraria, che il loro stato fosse quello, nel quale si trovavano. Quindi se un figlio era tenuto dal padre nel quasi-possesso della patria potestà, si riteneva che egli fosse costituito sotto questa potestà; e chi voleva sostenere il contrario doveva provarlo (leg. 8, ff. *de probat. et praesumpt.*). Così era nelle questioni di libertinità (leg. 14 stesso titolo). Così pure, quando uno era tenuto nel detto quasi-possesso; altrimenti si presumeva in favore della libertà; chè anzi la presunzione della servitù, nella quale uno era posseduto, non cessava per essergli stato dal padrone lasciato un fedecommesso, o per aver fatto con esso qualche contratto, e per la produzione di un istromento, con cui era stato venduto, o per avere fratelli, a cui non era stata mossa controversia di tal sorta, od un padre ingenuo, che avesse sostenute grandi cariche, od una madre e fratelli posseduti come schiavi (leg. 30, ff. *de probat.;* leg. 10, 20, 22, codice stesso titolo; leg. 11, 13, 17, 18 e 28 cod. *de liber. causa*).

E se il posseso produceva questo effetto nelle questioni di stato, malgrado il favore che doveva godere la libertà, come quella che era conforme a natura, « *libertas omnibus rebus favorabilior est* », a maggior ragione doveva produrlo, quando si fosse trattato solamente della libertà dei fondi. E così infatti

scriveva Ulpiano: « Sed si quaeratur quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi debere ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat » (leg. 8, § 3, ff. *si servit. vind.*). Ciò malgrado, fu ed è questione fra gli interpreti del diritto comune se chi propone l'azione negatoria contro il possessore di una servitù qualunque sia dispensato dalla prova della libertà del suo fondo.

In Piemonte ed in Savoia tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza, si pronunciarono per la negativa, e ciò, tuttochè non constasse che gli atti di possesso non fossero a titolo di famigliarità. Ascoltiamo il presidente Fabro: « Negatoriam actionem proponenti, ita demum incumbit onus probandi, si fateatur adversarium esse in quasi possessione servitutis, aut si de ea constet alia ratione. Quid ergo si negatoriam exercens fateatur quidem adversarium ivisse, duxisse jumentum vel vehiculum, aut quid aliud fecisse, quod solet fieri jure servitutis, sed tamen dicat, id factum vi, vel clam, vel precario, aut jure familiaritatis? Exigetur omnimodo probatio ab actore; quoniam hujusmodi confessio, licet scindi non possit, sufficit tamen ad tollendam illam praesumptionem juris, quae facit, ut omnia pro liberis habeantur, saltem ad transferendum onus probandi in actorem » (1).

Come il Senato di Savoia, così si pronunciò pure quello del Piemonte nella sentenza 24 aprile 1744, ref. Demorra in causa Negri c. Triulzi: ivi: « Senatus hac iterum revoluta juris quaestione, censuit, quod etsi agens *negatoria*, probato dominio, attenta illa juris praesumptione, rem suam liberam probasso videatur; unde servitutis probatio sit exigenda ab eo, qui *confessoria* nititur, itam etiam auctorante *hac supremo ordine,* non ita tamen sentiendum sit, si *negatoriam actionem* proponens ad judicium adversarium suum provocaverit, atque ivisse jumentum, vel vehiculum duxisse fateatur; haec enim confessio sufficiens est ad tollendam illam juris praesumptionem, quae facit, ut omnia pro liberis habeantur, cum plaustrum ducere, et jumenta agere, jure servitutis fieri soleat » (2).

E così ha stabilito espressamente il codice austriaco, che il possessore è dispensato dalla prova del suo diritto, tuttochè abbia contro di sè una presunzione legale, per esempio di libertà (articoli 323, 324).

Il codice albertino e l'italiano non hanno alcuna disposizione in proposito, e quindi sembra che sotto i medesimi si sarebbe dovuto mantenere la stessa massima seguìta prima di essi in

(1) Fab. in cod. lib. 3, tit. 24, def. 8, n. 7 e 8.
(2) *Prat. leg.* part. 2, vol. 3, pag. 528 § 13, 2ª ediz. Vedi anche Richeri, *Jurisprud. Univ.* tom. 3, e cod. lib. 2, tit. 14, dis. 4. — Bertolotti, *Istit.* tom. 4, pag. 420. — Toboni, *Elem. juris. civ. De action.* § 1.

Savoia ed in Piemonte, e ciò tanto più, quando il possessore della servitù ha un possesso annale legittimo ed una sentenza che lo mantiene in questo possesso; e ciò per più motivi. Primieramente, perchè questo possesso dimostra un manifesto rapporto di esso col diritto; e se non è lecito di distrurre senza prova il rapporto giuridico del possessore colla cosa che, fatta astrazione dal diritto, nasce dal semplice possesso, tanto meno può essere lecito di distrurlo, quando questo possesso contiene di per sè un grave argomento del diritto, di cui è la manifestazione. In secondo luogo poi il giudizio di manutenzione non può avere per iscopo di difendere il possesso in sè stesso, che è già abbastanza difeso da quello di reintegrazione; tanto meno poi può avere per iscopo di difendere il possesso per la prescrizione, chè sarebbe assurdo. Esso ha invece per iscopo di preparare il giudizio petitorio, di determinare cioè le sorti di attore e di convenuto nelle parti contendenti, come l'interdetto *uti possidetis* nel diritto romano, giusta il citato § 4 delle Istituzioni di Giustiniano e della cessata giurisprudenza. È questo un punto, che può essere controverso, ma che a me sembra il più probabile tanto nel codice civile attuale, quanto nel precedente, sul quale mi fermerò altra volta. E così essendo, è questa una ragione di più per dire che il convenuto con un'azione negatoria, avente per sè una sentenza di manutenzione nel possesso annale, è dispensato dalla prova della servitù.

Tuttavia le nostre Corti, seguendo l'opinione della Corte di cassazione di Francia, divisa dalla maggior parte degli scrittori del codice francese, propendono per l'attore in negatoria. È però singolare, che mentre noi avevamo una giurisprudenza stabilita prima del codice albertino in favore del convenuto in negatoria, tuttochè non si avesse ancora la istituzione della manutenzione nel possesso annale, le nostre Corti l'abbiano abbandonata per seguire la giurisprudenza francese, quando avevano maggior ragione di mantenerla, e quando la legge sulle azioni possessorie è colà così incompleta, che essa ha data occasione a tante controversie fondamentali, non ancora oggidì definite, tra le quali quella dello scopo delle medesime.

E quali sono sostanzialmente le ragioni su cui si fondano coloro che mettono a carico del convenuto in negatoria la prova della servitù, tuttochè munito di una sentenza di manutenzione nel possesso annale?

Esse si riducono a tre:

1.ª La presunzione legale della libertà dei fondi.

2.ª Il convenuto *in excipiendo* diventa attore.

3.ª L'impossibilità di una prova negativa.

Esse però non reggono punto.

1.° Di regola la presunzione legale dispensa dalla prova; ma la presunzione legale è quella, che è stabilita dalla legge (cod. civ., art. 1350), e per quanto mi è noto, nessuna legge ha sta-

bilita la presunzione della libertà dei fondi. Non credo neppure che si possa sostenere una presunzione *hominis*, ossia del giudice, come dice l'articolo 1349, perchè le presunzioni sono le conseguenze che si deducono da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto (1); e per arguire nei singoli casi l'esistenza della libertà si dovrebbe partire anzitutto dal supposto, che i fondi siano generalmente liberi; poi, affine di poter ammettere la presunzione, che il fondo dell'attore in negatoria sia pur libero dalla servitù in questione, converrebbe che essa fosse grave, precisa, concordante. Ora la condizione generale dei beni è tutt'altro che di essere liberi, chè anzi, oltre alle servitù legali, di cui tutti sono gravati, gran parte loro è anche gravata da servitù dipendenti dal fatto dell'uomo, e quindi la presunzione di cui si tratta manca di base. Invece di dire che i fondi sono presunti liberi, e che di regola il possessore del fondo, che si pretende gravato dalla servitù, non deve dar prova della libertà, mi sembra che si potrebbe dire più esattamente che la servitù è un fatto, e che, di regola, chi pretende vero questo fatto, deve provarlo. Ma, ammessa anche per un momento la presunzione *hominis* della libertà, come mai essa, a fronte di una sentenza di manutenzione nel possesso di servitù, potrebbe essere grave, precisa e concordante al segno da potere essere ammessa a senso del detto articolo 1354? Il fatto del possesso legittimo ed annale riconosciuto da una sentenza, ben lungi dal concordare colla supposta presunzione, la contraddice invece manifestamente. Coloro che ammettono che la sentenza di manutenzione contiene una presunzione legale del diritto in chi ottiene questa sentenza, non possono al certo, senza essere illogici, sostenere la tesi che io combatto, perchè la presunzione, legale dispensa, come si disse, dall'obbligo della prova. Ma se questa presunzione legale non è ammissibile, perchè da nessuna legge stabilita, non si può per altro negare che il possesso annale porga un grave argomento in favore del diritto, sia perchè il possesso è per lo più congiunto al diritto, sia perchè la sua durata fa supporre una tacita acquiescenza di chi ha un interesse ad impedirlo; e basterebbe, a mio avviso, questo grave argomento ad escludere la supposta presunzione di libertà. Nè dicasi, che l'attore in negatoria è munito di un titolo. Il titolo prova la proprietà, e non la libertà di cui è questione. Cade adunque il primo mezzo.

2.° Stando poi all'antica giurisprudenza di sopra ricordata non basterebbe il dire che il convento diventa attore *in excipiendo*, giacchè il convenuto in negatoria non pretende la servitù, come si suppone, ma si limita a chiedere la sua asso-

---

(1) « Praesumptiones sunt conjecturae ex signo verosimili ad probandum assumptae. Praesumptiones desumi solent ex eo quod frequentis accidit.

« Praesumptio *hominis* est, cum ex ipsius negotii probabilibus qualitatibus ac circumstantiis aliud inducitur: et fidem quamdam invenit ».

lutoria all'appoggio della sentenza di manutenzione e della regola: *actore non probante;* ed è questo un equivoco di più dei controsenzienti: il convenuto non chiede una declaratoria *juris* (nel qual caso diventerebbe attore), ma si limita a dire: « Pretendete che il vostro fondo sia libero, tuttochè io abbia una sentenza possessoria in contrario? Provatelo ». Anche questo secondo mezzo adunque non regge.

3.° Non regge da ultimo la supposta impossibilità della prova negativa. Imperocchè non mancano mezzi di dare la prova della libertà, provando per esempio il non uso della servitù per 30 anni anteriori al possesso annale, o presentando titoli, da cui risulti che il fondo è sempre stato tenuto per libero, o deferendo alla parte contraria il giuramento decisorio, e deririvando argomenti di libertà dalle circostanze locali, o dalle confessioni stragiudiziali avversarie, o ricognizioni fatte in qualche atto, ed in simili altri modi; e chi giunge sino al punto di dire, come il Belime, che ripugna al senso comune il mettere a carico dell'attore in negatoria la prova di libertà, trova la risposta nella pratica tenuta, come si disse di sopra, dai Supremi magistrati delle antiche provincie sotto l'antica legislazione.

AVV. VINCENZO LUPARIA.

APPENDICE X.

Il semplice non uso possibile di una servitù discontinua fa esso perdere il possesso?

Siffatta questione è assai importante nelle azioni possessorie, il cui primo requisito è il possesso in chi agisce. Ora a risolverla mi sembra bastare il riflettere: 1.° che per acquistare il possesso di regola si richiede il fatto e l'intenzione (*corpus et animus*), e che la continuazione ad ogni istante di queste condizioni non può essere indispensabile per conservarlo, perchè essa non è nella natura dell'uomo; 2.° che non è neppure nella natura dell'uomo l'abbandono dei suoi diritti, de' suoi vantaggi, e che perciò esso non può di regola presumersi e derivarsi dalla temporanea cessazione dell'uso della cosa posseduta. E ciò è quanto già ritenevano infatti i giureconsulti romani nelle cose corporee; ond'è, che era invalsa la massima nell'antica giurisprudenza, che il possesso delle cose corporee non si presumeva

abbondonata che per il non uso di dieci anni. E così doveva essere per analogia per riguardo alle servitù discontinue. Quindi è che il Savigny così scriveva nel § 45 del suo *Trattato del possesso.* « La juris *quasi possessio* continue, *comme toute autre* « *possession,* par la non interruption de la possibilité de repro« duire le pouvoir originaire: elle se perde par la cessation « de cette possibilité. Voici encore une autre voie particulière « de perdre la *quasi possession,* dont il s'agit. La servitude s'é« teignant elle même par suite du non usage à l'expiration de « certain laps de temps, la possession doit avoir été perdue, « pendant toute la durée de terme, quoique la réproduction de « notre pouvoir puisse toujours avoir été possible. Mais on ne « peut prêtendre, d'un autre côté que *tout non usage, quelque* « *courte, que soit sa durée, fosse cesser la possession,* parce que « ni la conservation de la possession, ni l'usucapion ne se« raient plus possibles dans cette hypothèse. Il ne reste donc, « qu'adopter l'opinion, que la possession reste en *suspens* pen« dant le non usage (naturellement lorsqu'elle n'est pas occu« pée par un autre) et que ce n'est, que le renouvellement de « l'usage, où l'expiration de tout le laps de temps qui décide « si la possession a existé pendant l'entre-temps, ou non. C'est « précisément cette incertitude provisoire, qui fait, *que cette* « *espèce de cessation de la possession n'exerce aucune influence* « *sur les interdits* ».

Lo stesso autore emendando in seguito l'idea della sospensione aggiunse nella 6.ª edizione la seguente nota: « Unterholz« ner admet, que la possession *continue,* alors même, que « l'exercice est interrompu, et que d'un autre côté, elle est in« terrompue, lorsqu'on en a négligé l'exercice pendant un très« long laps de temps. Cette manière de voir, soggiunge egli « nella stessa nota, dans la quelle l'appréciation du juge est « infailliblement très-large, *parait juste* ». Ciò quanto alle servitù personali. Quanto alle reali così si esprime nel successivo § 46: « Quant à la cessation de la possession, elle *suit les mêmes* « *principes, que nous avons établis plus haut pour les servitudes* « *personnelles* » (Trad. de Beving.). In questo stesso senso si esprimono diversi altri autori. « Nous perdons la *juris quasi* « *possessio,* dice Macheldey nel suo *Manuale del diritto romano,* « § 229, par suite de l'impossibilité, dans la quelle nous nous « trouvons de renouveler, selon notre volonté, l'exercice volon« taire de la servitude, ou par la suite de la rinonciation de « l'intention d'exercer le droit. D'après cela il est facile de faire « une application aux différentes espèces des servitudes ». (Vedi pure nello stesso senso lo stesso autore nel suo *Corso del diritto romano,* § 321.

« Il possesso delle servitù affermative, dice pure Haimberger nel suo *Diritto romano privato e puro* (lib. 3, cap. 6, tit. 4, § 287, trad. Fulvio), che richiedono un'azione per parte di chi ne ha il diritto (come sarebbero le servitù *itineris, actus,*

viae, ecc.), si perde quando il possessore a motivo di qualche impedimento non può più esercitare la sua servitù o *ne sospende per lungo tempo l'esercizio, ma in quest'ultimo caso deve tuttavia decidere il giudice se il possesso sia da ritenersi come perduto o no.*

« Il possesso delle servitù, dice anche Arndts (lib. 2, cap. 3, § 187, trad. Serafini, 3.ª ediz.), vien meno o per abbandono (*animo non possidendi*), o per esser fatto impossibile l'esercitare più oltre a proprio grado quel dato diritto (*quasi corpore*). Nelle servitù discontinue il possesso s'ha come interrotto quando *da lungo tempo* non sieno più compiuti quegli atti indispensabili all'esercizio del diritto ». (V. pure Serafini, *Istit. di diritto romano*, lib. 2, cap. 1, § 56 e § 53 in fine).

Così stando le cose sembra, che anche sotto il codice italiano il possessore di una servitù discontinua non perda il possesso per il non uso a meno che la sospensione possa essere tale da far presumere l'abbandono.

Taluni invocano in contrario il disposto degli articoli 666, 667 del codice italiano così concepiti: la servitù è estinta, quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni. Il trentennio, se si tratta di servitù discontinua, comincia a decorrere dal giorno in cui si è cessato di usarne, e, se si tratta di servitù continua, dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù. E la loro opinione trova appoggio negli scrittori francesi.

Ecco, infatti, come si esprime il Belime a questo proposito nel suo *Traité du droit de possession, et des actions possessoires*. « On perd la possession des servitudes discontinues suivant l'ar- « ticle 707 (corrispondente al su citato 667), à partir du dernier « acte de jouissance, sans qu'il soit bésoin d'aucune contradic- « tion, en sorte, que la possession annale de liberté est aquise « à l'adversaire, par cela seul, que n'a pas été exercée pendant « un an ». Così nel § 163. Quindi soggiunge nel § 428: « Celui « qui établirait sa possession ancienne, et la possession actuelle, « même sans titre, serait réputé avoir la possession annale; « car d'après les principes que nous avons exposés il serait « censé avoir continué de posséder depuis ses premiers actes « de jouissance. Devrait-on toutefois appliquer cette règle aux « servitudes discontinues? Le propriétaire, qui ayant droit à un « passage en vertu d'un titre, prouverait y avoir passé il y a « dix ans et encore dans les temps, qui ont précédé immedia- « tement la complainte, aurait il suffisamment justifié qu'il est « possesseur annal? J'en doute, par les motifs que voici: l'an- « cien acte de jouissance n'en fait pas, comme je l'ai dit plus « haut, présumer par lui même des plus récents, il démontre « une seule chose, c'est qu'il y a dix ans, la servitude était « possédée, mais si la jouissance a discontinuée en fait, cette « possession s'est perdue au bout d'un an. Le nouvel acte allégué « prouve bien, qu' il y a eu tentative pour la ressaisir, mais « comme on suppose, qu'il n'y a pas un an, qu'il a eu lieu, il

« n'a pas encore pu créer la possession annale. Il ne faut pas « oublier, que le propriétaire du fond asservi est dans une po- « sition particulière, qu'il n'a pas besoin de faire aucune démon- « stration extérieure pour récouvrer sa possession de liberté, « parce que la propriété reprend tout son ascendant, tout son « empire; dès que la servitude cesse d'être exercée. C'est donc « à celui qui réclame la possession de cette servitude à prou- « ver qu'il a lutté par une série d'actes non interrompue contre « cette tendence naturelle de la propriété, à exercer les droits « qui la déprécient.

« On nous opposera sans doute la disposition de l'article 2234 « du Code civil (art. 691 del cod. ital.) suivant le quel le pos- « sesseur actuel qui prouve avoir possédé *anciennement*, est « présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, en disant, « que le Code ne distingue nullement entre la possession des « biens fonds et celle des servitudes. Cette objection est prévue « et refutée d'avance. L'art. 2234 outre qu' il ne statuait sans « doute que dans les cas de possession ordinaire, ne parle que « de possesseur annal comme on en a vu la démonstration ir- « récusable. C'est celui-là, che la loi entend par possesseur « actuel. Celui, qui n' a qu' une possession instantanée, ne « peut pas se placer à l'abri sous la présomption de cette « article ».

Tale è pure l'avviso di Broche, il quale ripete le parole di questo autore (*Traité des act. poss.*, n. 198). Vedi pure Dalloz, *Rép.*, voc. *Actions possessoires,* n. 274.

Non comprendo primieramente come la regola del detto articolo 2234 debba essere limitata al possesso ordinario e non contempli anche i diritti, quando li contempla la definizione data dallo stesso codice nel precedente articolo 2228 ed il titolo della prescrizione, sotto cui è posto. E certamente poi la comprende il codice italiano nel citato articolo 691, che è posto sotto il titolo del possesso, e che ne tratta espressamente. La ragione d'altronde è la stessa. Non comprendo inoltre come si voglia pure intendere per possesso *annale* quello, che tale articolo chiama possesso *attuale.* Questa restrizione è affatto arbitraria, e contraria alla relativa massima di giurisprudenza antica, che lo stesso articolo ha eretto in presunzione legale: *probatis extremis, media praesumuntur;* ossia, come dice il Fabro nella def. 3 del lib. 4 del suo codice al titolo *De probat. et praesumpt.:* « probata *praesentis temporis* possessio, in « praeteritum quoque intelligi debet, hactenus ut contrariae « probationis onus in adversarium transferatur ». E di ciò non può essere più dubbio nel codice italiano, mentre il legislatore sotto lo stesso titolo del possesso distingue il possesso annale dal semplice possesso legittimo o non, e tratta dell'uno o dell'altro.

Del resto lasciando a parte l'argomento, che per avventura si possa ricavare dal detto articolo in favore della continuazione

del possesso malgrado il non uso, l'articolo 707 del codice francese, e così pure il corrispondente articolo 691 dell'italiano non serve per nulla a provare, che il possesso della servitù si perda col semplice non uso.

Questo articolo non tratta della prescrizione *acquisitiva*, ossia dell'acquisto della libertà del fondo per mezzo di un possesso trentennario di libertà (*usucapio libertatis*), ma invece della prescrizione *estintiva*, e dichiara estinta la servitù per il non uso non interrotto per trent'anni, o perchè si presume la rinunzia nel silenzio di sì lungo tempo, o per pena della negligenza e per l'interesse pubblico della certezza dei dominii. Quindi il dire, che il non uso per trent'anni da computarsi dal giorno in cui si è cessato di usare la servitù, la estingue, non significa punto, che da questo giorno sia cessato il possesso. Anche nel diritto romano la servitù si estingueva colla prescrizione *estintiva* in grazia del lungo non uso, e tuttavia, come si è veduto, il non uso non bastava a far perdere il possesso. Col solo non uso di un diritto, dice pure il codice austriaco al § 351, non si perde il possesso, fuorchè nei casi della prescrizione determinati dalla legge.

Ora mentre questo articolo è inconchiudente, non v'ha nè legge, nè altro, che possa contrapporsi ai principii suddetti in ordine alla conservazione del possesso. « La propriété, osserva « l'autore, reprend tout son ascendant, tout son empire, dès que « la servitude cesse d'être exercé ». Qual è questo ascendente? E come mai esso può far perdere il possesso della servitù per una parte, ed acquistare il possesso della libertà per l'altra? E dove sono mai nel possessore del fondo serviente i requisiti del possesso, cioè il fatto del possessore (*corpus*) che si limita a stare in silenzio, e la volontà (*animus*) di possedere, che non è in alcun modo manifesta, o compagna di un atto contrario alla servitù?

L'autore non è neppure conseguente a sè stesso. Perchè, a suo dire, dal giorno in cui si è cessato di usare della servitù, la proprietà *reprend son ascendant*, e cessa il possesso della servitù, e principia quello della libertà, il possessore del fondo dominante non avrebbe più mezzo di legalmente ripetere in seguito alcun atto di servitù per quanto fosse breve il lasso di tempo tra quest'atto e quello anteriore, ed i suoi tentativi potrebbero essere repressi impunemente, anche con violenza, dal possessore del fondo dominante. Ora come va che l'autore conserva tuttavia ancora a lui il possesso per un anno, e questi in conseguenza può agire contro il suo avversario, che nell'anno si oppone al suo esercizio? Nè credo si possa qui confondere questo caso con quello in cui la legge concede l'azione di manutenzione nel possesso annale (*la complainte*) a colui che ha il possesso annale e ne è spossessato, qualora proponga la sua azione entro l'anno dalla molestia o spoglio. La legge in quest'ultimo caso per gli effetti giuridici finge possessore chi più

non lo è, giusta la regola: *Qui habet actionem rem ipsam habere videtur*, e gli dà azione per ricuperarlo in grazia del fatto turbativo illecito; ma può supporre ancora possessore chi col proprio fatto volontario abbandonò il possesso e dargli azione per ricuperarlo contro chi, essendo in possesso della libertà, si oppone ad atti di servitù.

Supposta adunque la perdita del possesso per il non uso, questa perdita dovrebbe cominciare dal giorno in cui è cessato di usare la servitù, e quindi il possessore non potrebbe più in alcun modo ripetere i suoi atti neppure nell'anno. E la conseguenza sarebbe che, qualora al proprietario di un fondo competessero due servitù di passaggio, l'una sopra il fondo di un vicino, e l'altra sopra di un altro fondo, egli non potrebbe usare dell'una senza perdere il possesso dell'altra, e così pure avverrebbe qualora una sola fosse la servitù ed il possessore per comodità si valesse qualche volta di un altro passaggio per altrui tolleranza e come scorciatoio. Basta accennare questa conseguenza per comprendere come la teoria della perdita del possesso della servitù col semplice non uso non possa reggere.

Tutto ciò dimostra come non si potrebbe per avventura invocare in contrario l'art. 700 del codice civile, ove è detto che in tutte le questioni di possesso in materia di servitù, la pratica dell'anno antecedente, e quando si tratti di servitù esercitate a lunghi intervalli maggiori di un anno, quella dell'ultimo godimento determina i diritti ed i doveri tanto di chi ne gode quanto di chi la deve e di ogni altro interessato. Questo articolo non ha per iscopo di determinare le condizioni dell'acquisto e della perdita del possesso in materia di servitù, nè altre condizioni diverse da quelle generali relative alle azioni possessorie, ma invece il regolamento provvisorio dei diritti e dei doveri delle parti contendenti e d'ogni altro interessato; quindi esso è estraneo ai principii regolatori della conservazione o perdita del possesso in materia di servitù, e le conseguenze or ora indicate, che in caso contrario deriverebbero dalla contraria teoria, dimostrano maggiormente che tale e non altra ha potuto essere la mente del legislatore.

Conchiudo adunque, che il semplice non uso di una servitù discontinua non basta a far perdere questo possesso; esso, quando è prolungato, può far presumere l'abbandono, ma ciò dipende dalle circostanze, il cui valore deve essere determinato dal criterio del giudice, e non basta di per sè a farlo presumere. Chi, per esempio, vorrà supporre questo abbandono per parte del possessore, che, come già si disse, abbia un titolo formale costitutivo di servitù, per ciò solo che si valga per alcun tempo di un altro passaggio o perchè a lui compete egualmente sopra un altro fondo, o per altrui tolleranza, o infine perchè a lui più comodo?

Avv. Vincenzo Luparia.

APPENDICE XI.

Delle servitù legali ed in ispecie di quella di fabbricare a distanza legale dal muro altrui.

---

§ 1. — *Missione del legislatore in uno Stato.*

Come lo scopo sociale non può diversificare da quello proprio all'uomo, per essere la società l'espressione della natura umana che nella convivenza degli uni cogli altri liberamente viene manifestata in tutte le sue tendenze (1), così lo scopo dello Stato si è quello di far convergere, coi mezzi e coll'autorità di una forza giuridica superiore e rappresentativa di tutti gl'individui che compongono lo Stato medesimo, le forze individuali al libero sviluppo dell'individuo e dell'Umanità (2). Al pari però dell'assolutismo, devesi evitare la Statolutoia democratica, ossia il tutto sovrastante in ogni senso all'individuo nel suo scopo di procurare in via diretta il bene positivo e la felicità, a differenza dell'opposto principio di procurare soltanto il bene negativo nella sicurezza e guarentigia del primo (3). L'ingerenza dello Stato è piuttosto da ammettersi allo scopo di rimuovere gli ostacoli all'attività privata e di agevolarne l'esercizio. Lasciando a parte la questione dei socialisti della cattedra e dei partigiani della scienza economica, fra il seguire che questi fanno il portato dell'azione delle forze nel mondo fisico e morale ed il riordinare lo Stato, che gli altri si propongono sulla stregua delle leggi etico-economiche, le funzioni dello Stato devono determinarsi dalle qualità proprie, che lo distinguono da tutti gli altri organi sociali, e restringersi però a quelle che esigono l'esercizio di un potere collettivo nella giustizia e nell'autorità dell'interesse generale (4).

Questo concetto e questo còmpito dello Stato a noi apparisce specialmente nella determinazione delle leggi civili miste d'ordine pubblico e privato, che provvedono all'interesse privato in

---

(1) Ahrens, *Cours de droit naturel*, II, Chap. III.

(2) Kant nella Metafisica del diritto definisce nel § XLI la *Civitas* per la riunione di un numero più o meno grande d'uomini alla stregua delle leggi del diritto.

(3) *Nuova Antologia*, novembre 1875.

(4) *Nuova Antologia*, maggio 1876.

armonia coll'interesse generale. Ed imprenderemo ad esaminarlo nel particolare riguardo delle *Servitù legali.*

§ 2. — *Restrizioni della proprietà privata e servitù legali.*

La proprietà immobiliare si compone di due elementi, l'uno individuale — di godere e disporre nella maniera più assoluta (art. 436 codice civile), e l'altro sociale — di farne un uso non vietato dalle leggi e dai regolamenti (*ibidem*). Dall'autorità legislativa sovrana dello Stato devono determinarsi tali rapporti fra l'individuo e la società, affinchè il principio della proprietà si combini colle legittime esigenze del diritto sociale, in quanto è diretto a procurare dal lato economico il migliore assetto della società, e colle comuni esigenze della convivenza, in quanto questa deve far rispettare la coesistenza di altrui diritti privati (1). Le restrizioni della proprietà immobiliare possono quindi dipendere da uno speciale diritto, che abbiano altri acquisito, ovvero da disposizioni di legge, le quali ne limitino l'efficacia per ragioni del pubblico bene o dell'utilità privata, nell'interesse dei possessori di fondi vicini (2).

Nel riguardo del pubblico bene sono le cosidette *servitù legali* per le strade e le acque pubbliche, e riflettono gli edifici rovinosi, i lavori di adattamento, gli escavi, i piantamenti, le costruzioni, i marciapiedi lungo i fiumi e canali atti al trasporto, gli scoli, i canali privati, i pascoli, gli accessi e l'uso delle strade, il passaggio coattivo (3). Altre leggi speciali regolano le espropriazioni per utilità pubblica (4), i comprensori per gli scoli artificiali (5), i consorzi di irrigazione (6), ed i consorzi obbligatori per la conservazione e difesa di diritti comuni rapporto alle acque (7). Altre leggi disciplinano la polizia campestre (art. 535 cod. civ.), ed altre le indagini di miniere, la cessione di fondi ed opere e la rifusione dei danni derivanti dalle relative concessioni (8). Altre infine determinano le servitù militari sui fondi di determinate zone, vicine a luoghi fortificati (9).

---

(1) Romagnosi, *Ragione civile delle acque*, vol. 2, pag. 6. — Carabelli, *Diritto ipotecario*: introduzione. — Pescatore, nella sentenza 16 febbraio 1876 della Cass. di Torino: *Monit. trib.* n. 372.

(2) Arndts-Serafini, *Pandette*, § 131.

(3) Cod. civ., art. 534. Leg. 20 marzo 1865, n. 2248, alleg. *F.* sulle opere pubbliche, art. 54-84, 172, 208, 233, 241.

(4) Cod. civ., art. 438. — Leg. 25 giugno 1865, n. 2359.

(5) Leg. succitata sulle opere pubbliche, art. 128 e 129.

(6) Legge 20 maggio 1873, n. 1367.

(7) Cod. civ., art. 657-661.

(8) Leg. 23 maggio 1854, n. 276, pel già Lombardo-Veneto e legge 20 novembre 1859 pel Piemonte.

(9) Leg. 19 ottobre 1859. — Regol. 22 dicembre 1861, n. 406.

Nell'altro riguardo, — di disposizioni di legge che regolano i diritti di proprietà privata in correlazione a quelli dei possessori di vicini fondi, — è di norma al legislatore l'esperienza; imperciocchè il vicinato dovrebbe essere una sorgente giornaliera di rapporti amichevoli, ma diventa di sovente invece il soggetto di molestie e di questioni. Egli perciò cerca di prevenirle, definendo la posizione rispettiva dei luoghi mediante servitù reciproche, siccome derivative naturalmente da tale situazione, ovvero ponendo delle restrizioni alle intraprese d'un vicino incomodo o malizioso, per un migliore indirizzo dell'interesse privato. Così avviene, — rispetto alle acque dei fondi superiori, alle sponde ed argini di quelle, alle sorgenti, alle acque costeggianti, — riguardo ai muri, edifizi e fossi comuni, — per le distanze intermedie fra le costruzioni, scavamenti e piantagioni, — per la luce ed il prospetto, — per lo stillicidio, — e pel diritto di passaggio e di acquedotto (articoli 536 615 cod. civ.). Il bisogno d'una comune difesa, l'utilità e la sicurezza pubblica fecero sentire la necessità di restringere in certi casi i diritti d'altronde legittimi in sè stessi (1). Anche qui hannovi dunque *servitù legali*, che sono una conseguenza della proprietà (2).

Essendo però la servitù, come già la definiva Bartolo, un diritto inerente ad un fondo per la sua utilità e comodo, che diminuisce il diritto e la libertà di un altro fondo, non lo sono veramente le cosidette *servitù legali* fin qui accennate; perciocchè non havvi nè fondo serviente, nè fondo dominante, ma amendue le proprietà trovansi in una perfetta eguaglianza di diritti e di pesi. Sono restrizioni nell'esercizio dei diritti, naturalmente inerenti alla proprietà, affinchè sia questa salvaguardata e siano conciliati gl'interessi opposti dei due vicini; hanno quindi per oggetto la costituzione o maniera di essere della proprietà, le condizioni ed i limiti posti dalla legge al suo riconoscimento giuridico (3).

§ 3. — *Servitù legale della distanza nelle costruzioni e servitù di comunione dell'altrui muro contiguo.*

A. — Il diritto di ogni proprietario là cessa (diceva il consigliere Berlier, esponendo i motivi della servitù legale e delle distanze degli edifici), dove incomincia il pregiudizio del suo

---

(1) L. 13 Dig. *finium regund.*
(2) L. 5, Dig. *de justitia et de jure.*
(3) Cipolla, *De servit. urb. praed.*, n. 6. — Demolombe, *Cours de code civil, Servitudes*, n. 9. — Massé e Vergé su Zachariae, *Droit civil*, n. 3. — Savigny, *Diritto romano*, § 390. — Dalloz, *Servitudes*, n. 361. — Pacifici-Mazzoni, *Servitù*, p. 3.

vicino, ed a fissarne i limiti occorre la legge col fissare le distanze da osservarsi nel fabbricare. Sull'esempio di Solone (1), sanzionò l'imperatore Zenone la distanza intermedia di dodici piedi — *inter utrumque domus* — vietando di edificare di fronte alle pareti antiche postiche della *insula* del vicino se non se a quella distanza (2). Lo prescrisse per far godere agli edifici aria e luce, mentrechè altrimenti — *altius quidem edificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus eius minime prohibetur* (3), *et nulla competit actio cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes* (4); *in suo enim alii facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, et qui suo iure utitur, nemini iniuriam facit.*

Questa servitù legale delle distanze da osservarsi nel fabbricare, non sussisteva nel Regno lombardo-veneto per il codice civile austriaco, ma vi fu introdotta col codice civile italiano. Chi vuole quindi ora fabbricare (art. 570) e di presente fabbrica senza lasciare la distanza di almeno un metro e mezzo dal confine, lascia che per legge abbia il vicino facoltà di poter chiedere la comunione del muro e fabbricare persino contro il medesimo (art. 571).

È però confine per l'art. 571 codice civile italiano, in correlazione all'art. 570, non il muro di confine, ma qualunque altro segno che determini il limite della proprietà; avvegnachè se il vicino abbia a confine un muro, fabbricare si può solo alla distanza di tre metri da questo, ove non vogliasi acquistare la comunione del muro fabbricando, e ciò a motivo che deve rimanere fra questo e la nuova fabbrica la distanza di tre metri a termini del succitato art. 571 (5). La distanza va poi misurata per l'art. 589 dal punto più sporgente del muro (6). Ed il muro già sussistente è dall'articolo 571 uguagliato alla fabbrica, per guisa che deve tenersi da esso distante tre metri chi vuole fabbricare, e non profittare dell'appoggio di quel muro (7).

Ponendosi con ciò un'alternativa in chi vuole fabbricare e fabbrichi, di esporsi o no ad una comunione, a seconda della minore o maggiore distanza che tenga nel fabbricare, provvide però la nuova legge per l'avvenire e non concesse anche retroattivamente la facoltà di chiedere la comunione e di fabbricare sopra gli edifici anteriori che si trovino alla distanza minore di tre metri dal muro dell'altro. Da tale fabbrica, colla

---

(1) Cajo, L. ult., Dig. *de fin. regund.*
(2) Leg. 12, Cod. *de aedif. privatis.*
(3) Costit. 8 e 9, Cod. *de servit. et aqua.*
(4) Leg. 9, Dig. *de servit. urb. praed.*
(5) Corte di Firenze 10 febbraio 1876, *Annali*, X, p. 134.
(6) Corte di Brescia 15 novembre 1875, *Foro ital.* p. 578.
(7) Corte di Firenze 10 febbraio 1866, *Annali*, p. 134.

cui erezione il vicino ha già esercitato un suo diritto di proprietà, sorse un fatto giuridico compiuto, che deve essere rispettato dall'altro, col tenersi nella sua nuova fabbrica alla distanza di almeno tre metri, come si esprimeva il progetto Cassinis all'art. 677 colle parole: « quella stessa distanza di tre metri sarà osservata », le quali vennero compendiate dall'art. 571 del codice civile vigente nelle altre: « lo stesso ha luogo » (1). Non vi è accenno alla circostanza del non volere il vicino profittare della facoltà di chiedere la comunione, perchè riguardo a questa circostanza fu disposto dall'art. 571 separatamente nel precedente alinea; ma la nuova legge, determinando e regolando i rapporti di due proprietà vicine, che sono dipendenti da questa loro situazione, non può d'altronde avere voluto la soppressione di diritti, già acquisiti regolarmente sotto altre leggi; che anzi derogò alla retroattività dell'art. 594 del codice albertino, col non avere ripetuto che estendeva la detta facoltà alle fabbriche che *in allora si trovavano costrutte* ad una distanza dal confine minore di tre metri.

Non è importante da dirsi con Borsari e Scotti (2), che sarebbe stato invece ultroneo il ripetere nell'articolo 570 del nuovo codice questa estensione dell'articolo 594 del codice albertino, come se la precedente condizione di cose non avesse dato alcun diritto sulla propria fabbrica, e come se meglio fosse per lo scopo della legge (che era apertamente quello di impedire le intercapedini *pro futuro*), il disconoscere quel diritto autonomo ed il rimettersi all'arbitrio del vicino, dandogli la facoltà di avere la comunione anche delle fabbriche, che sono forse da secoli esistenti in piena ed esclusiva proprietà di un altro (3).

Ricostruendosi però il muro, in cui sono stabiliti *ab antiquo* finestre e sporti a distanza minore di tre metri, nel ricostruire (e non semplicemente riparare), si osserverà quella distanza

---

(1) Dai motivi sui codici sardi (Genova 1853) apparisce (a pag. 540) che l'alinea « *Questa stessa distanza sarà osservata in tutti gli altri casi, in cui la fabbrica del vicino si trovi distante meno di tre metri dal confine* » venne aggiunto al fine di esprimere in modo indubbio che tale distanza doveva esservi sempre per tutti i casi fra gli edifici dei due vicini, quando non sono congiunti. A differenza poi del codice francese, che non impone al vicino il quale non vuol approfittare del muro di confine per una sua costruzione, di lasciare alcuna distanza, in altra adunanza di discussione sull'art. 591 sardo fu accentuato, che non volendo il vicino approfittare della comunione del muro, debba osservare fabbricando una distanza di almeno tre metri, cosicchè ossiano le due case unite o vi sia sempre fra l'una e l'altra quella distanza. Come e perchè alla frase « *Questa stessa distanza* » siasi sostituita l'altra « *lo stesso ha luogo* », non fu dato di rilevare.

(2) Borsari, *Commenti del cod. civ*, agli articoli 573-574. — Scotti, *Medianza coattiva.*

(3) Conformi sono le sentenze della Cass. di Firenze 16 novembre 1871. — Cass di Torino, 7 dicembre 1871, 7 febbraio 1872 e 22 luglio 1874, *Annali*, vol. V, pag. 351, VI, pag. 79, 181 e VIII, pag. 464.

secondo la nuova legge, giacchè la nuova opera non può essere protetta dalla legge precedente di tolleranza, essendo già morta (1).

B. — All'incontro la facoltà accordata dagli articoli 556 e 584 avrà applicazione immediata ed assoluta ai muri contigui di casa o di cinta eretti prima dell'attuazione del nuovo codice, essendo quella dipendente dal solo fatto della contiguità (2).

Si potrà renderli comuni (chiudendo persino nel muro del vicino, che fabbricando si rende comune, le preesistenti finestre, aperte *ex iure proprietatis*), per appoggiarvi il proprio edificio senza distinguere tra muro e nuovo od anteriore al nuovo codice e tra finestre necessarie o no, semprechè per altro non sia il muro distante dal confine dovendo in tal caso applicarsi invece l'art. 571, come fu sopra spiegato. Così fabbricando sul muro del vicino, reso comune a tale scopo, si potrà benanco alzarlo, colle norme per altro dell'art. 553 (3).

La distinzione poi dell'avvocato Scotti fra il muro contiguo, siccome eretto a qualche distanza dal confine, ed il muro divisorio, siccome costrutto sul confine, ci apparisce infondata, perocchè gli articoli 546, 551, 553 e 555 risguardano il muro divisorio, che è già comune, e serve in particolare di divisione fra due edifici, e l'art. 556 invece riguarda un muro contiguo da farsi comune, a facoltà del proprietario del fondo contiguo. Oltre ciò una striscia di terreno, che si inframmettesse fra le due proprietà, impedirebbe che il fondo fosse contigno al muro e così l'acquisto della comunione (4). Che quella distinzione sia persino qui disadatta, risulta dall'avere l'articolo 556 fissato la indennità sul valore del muro e del suolo, su cui è costrutto, e non quindi anche sul valore del terreno intermedio fra il detto muro ed il confine, e dall'escludere l'art. 584 — nell'accordare l'apertura di finestre *ex iure proprietatis*, nel muro, non comune contiguo al fondo altrui, — ogni sporgenza. Imperocchè escludono con ciò ambedue questi articoli, fra il detto muro e quel fondo interceda alcun terreno, che sia di un terzo e benanco del proprietario del muro, inquantochè altrimenti l'articolo 556 contemplerebbe, come l'art. 571, l'indennità benanco di questo terreno, e la sporgenza poi della finestra sarebbe libera sopra il proprio terreno. Non possiamo quindi convenire nemmeno coll'avvocato Mattei, il quale appoggiandosi all'art. 571 estenderebbe la comunione anche al caso del terreno intermedio: perciocchè di oggetti diversi trattasi nell'art. 556 e nell'articolo 571, come sono la comunione dell'altrui muro con-

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Cod. civ., Servitù*, n. 705.
(2) Cass. di Torino, 7 febbraio 1872, *Annali*, pag. 80.
(3) Corte di Firenze 10 febbraio 1876, *Annali* X, pag. 134.
(4) PACIFICI-MAZZONI, *Servitù*, art. 556.

tigno e la distanza della nuova fabbrica dal muro del vicino (1).

§ 4. — *Servitù di luce, prospetto e di non alzare più alto in rapporto colla comunione forzosa a favore del vicino.*

A. — Il codice civile austriaco (§§ 475, 476 e 488), come l'italiano (art. 583, 587 e 617), ammetteva la servitù di luce, di finestra a prospetto e di non fabbricare più in alto.

Quella di luce (*luminum*) consisteva nell'aprire una finestra nel *muro altrui* per avere luce ed aria (*pro lumine reddendo*) — *ut vicinus lumina nostra excipiat* (2). La servitù di finestra invece, aperta nel *proprio muro*, dava il diritto a che il vicino non ci privasse della luce e dell'aria in favore dell'edificio dominante (*ne luminibus officiatur*); e consisteva nel tenere aperta la finestra sopra l'area altrui (3) — *ne ius sit vicino, invitis nobis, altius aedificare atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum* (4), ovvero — *ne lumina cuiusquam obscuriora fiant* (5). Poteva il *dominus serviens aedificare in ea area, quae luminum servitutem debet, intermisso legitimo spatio* (6), sufficiente cioè per non privare la casa del vicino dei beneficii naturali dell'aria e della luce (7).

Mentre la servitù di luce ed aria era limitata — *ut tantum relinquatur, quantum sufficiet habitantibus in usus diurni moderationem* — secondo la spiegazione del Richeri (8), all'incontro la servitù di prospetto (*de prospectu aut ne prospectui officiatur*) (9), consisteva nel diritto di avere la vista libera e diretta, da spaziare sopra l'altrui fondo, e non poteva essere tolta mediante costruzioni o piantagioni di sorta — *ne quid officiatur ad gratiorem prospectum et liberum* (10).

L'altra servitù poi di non fabbricare più in alto (*altius non tollendi*) consisteva nel diritto d'impedire al vicino, pel vantaggio del nostro fondo (che può essere quello di finestra o di prospetto), d'innalzare almeno, non al di là di un punto determinato (11).

---

(1) Mattei, *Commento del cod. civ. ital.*, art. 556, pag. 208.
(2) Leg. 4, Paolo lib. 2. *Inst. ad subin.*
(3) Voet, *Pandette*, lib. 8, tit. 2, § 9.
(4) Leg. 4. Paolo, *ibid.*
(5) Leg. 17 Dig. 29.
(6) Pothier. *Pandette*, lib. 8, tit. 2. § 3.
(7) Cass. di Firenze, 21 gennaio 1870, *Annali*, pag. 62.
(8) *Univers. jurisprud.* lib. 2, tit. 3.
(9) Sull'uguale significato di questi termini vedasi Mackeldey, *Diritto romano*, § 308, n. 3.
(10) Leg. 15, Dig. *de servit. urb. praed.*
(11) Mackeldey, *loc. cit.*

B. — Che la servitù non apparente (*altius non tollendi*) debba fondarsi sopra una concessione speciale o sopra un diritto di usucapione, acquistato precedentemente al vigente codice civile (art. 629, 632) mediante una ripetuta proibizione di fabbricare ed una correlativa acquiescenza, trattandosi di atto, che sarebbe altrimenti facoltativo, — non fa mestieri di più oltre sviluppare (1). Al diritto di alzare però fu talora efficaciemente opposta la ragione naturale del diritto, che *malitiis non est indulgendum* e che *facile concedendum est quod alteri prodest et tibi non nocet* (2).

Che l'aprire invece una finestra nel proprio muro, se fu circoscritta da una inferriata, invetriata od altra difesa di apertura (*servitus luminum*), da non esserne derivato danno alcuno al vicino, non abbia bisogno di una concessione speciale, è insito all'esercizio di proprietà, che si fa con ciò, — del diritto cioè di liberamente disporre della cosa propria, *quatenus nihil in alienum immittatur* (3) nemmeno con sporgenze, come effettivamente esigono la sicurezza e l'interesse del vicino (4). Ma è ad un tempo manifesto, — qualora non venga con ciò espresso (nè acquisito quindi) anche un *ius servitutis*, — che non resta impedito al vicino di costruire sul limite della sua proprietà fino ad oscurare l'altrui finestra (5): il vicino potrà eziandio chiedere la comunione del muro ed otturarvi la finestra fabbricando (art. 584 cod. civ.), quando anche fosse stata aperta da lunghissimo tempo, ed in allora non gli fosse competuta una tale facoltà (6). L'art. 590 accenna a diritto proibitivo derivante da servitù e non a diritto facoltativo di dominio senza titolo relativo alla restrizione dell'altrui libero uso della cosa propria (7).

Anche la servitù di prospetto — libero e diretto a spaziare colla veduta sull'altrui fondo, da scemarne perciò il valore in corrispondenza a questo altrui diritto e comodità — esige per la sua sussistenza la prova di una correlativa condizione di cose nei rapporti del fondo dominante coll'altro serviente (8). Fu

---

(1) Cass. di Torino, 21 maggio 1869, *Monitore dei trib.*, pag. 593.

(2) Cass. di Torino, 28 luglio 1874 e 2 luglio 1875, *Monitore dei trib.*, numeri 40 e 42.

(3) L. 8, Dig. *si servit. vindic.*

(4) PARDESSUS, *Servitudes*, n. 210.

(5) VINNIO contro CUIACIO, *Inst.* lib. 2, n. 3, § 1. — Cass. di Napoli, 7 aprile 1870, *Annali*, pag. 303. — Cass. di Firenze. 24 maggio 1870. *Giurisprudenza*, IX, pag. 409. — Cass. di Firenze, 2 maggio e 30 dicembre 1872, 20 marzo 1873. — Corti di Lucca e di Firenze, 11 marzo 1871 e 3 aprile 1873, *Annali*, vol. VII, parte I, pag. 14, 311, 467 e 488, vol. V, parte II, pag. 127 e vol. VII, parte II, pag. 157.

(6) Corte di Milano, 4 aprile 1873, *Annali*, pag. 320.

(7) Cass. di Firenze 6, marzo 1876, *Annali*, pag. 237.

(8) Cass. di Torino, 23 agosto 1866, *Monit. dei trib.* pag. 999. — Corte di Milano, 12 dicembre 1871, *ibid.*, pag. 171. Noi aderiamo quindi solo condizionata-

quindi giudicato, e dall'avvocato Scotti propugnato, che il semplice fatto dell'esistenza d'una finestra, anche a prospetto, nel muro divisorio e contiguo per 30 anni compiuti, non è di ostacolo alla comunione forzosa, ammenochè il proprietario del caseggiato non provi di avere acquistato, prima dell'attuazione del codice italiano, la servitù di veduta, non avendo altrimenti la sapravvenienza del medesimo potuto mutare il fatto giuridico del possessore, di avere tenuta la finestra come proprietario, e non anche per diritto di servitù, senza un fatto caratteristico di questo secondo diritto: non poteva quindi produrre neanche la prescrizione (1) acquisitiva del diritto di servitù. Un tal fatto fu ravvisato nel tenere le finestre senza grata od invetriata, presentandosi, in mancanza del segno di precarietà, per una servitù apparente e continua (2). L'essersi alla facoltà di aprire finestre prospettiche nel proprio muro associato il fatto dell'uomo, da improntarvi lo speciale carattere di una servitù attiva, le dà il possesso legittimo, capace della prescrizione acquisitiva; e questa la si riterrà per le finestre aperte nel muro proprio con imposte, perchè invadano in qualche modo la proprietà del vicino ed *aliquid in alienum immittunt*, se del resto vi fu acquiescenza per il tempo dell'usucapione (3).

Ma non lo si riterrà invece se vi fu una semplice tolleranza di buon vicinato ed *ex jure familiaritatis*, *sine animo sibi habendi*, impedendo il precario persino il corso della prescrizione a carico di chi l'ebbe ad accordare (4). Il fatto in particolare delle finestre, esistenti anche da remotissimo tempo in un muro comune a favore di uno dei comunisti, non può costituire un titolo di prescrizione a danno dell'altro comunista, essendochè questi non poteva opporsi a ciò che si esercitava dal primo, non per diritto di servitù, ma per condominio (5). Questo varrà quindi anche per l'apertura di finestre nel muro comune (6). L'uno dei comunisti non può però fare incavi nel muro comune fino ad aprire finestre senza il consenso dell'altro (art. 557), a meno che non abbia a ciò un titolo o la prescrizione (7). Potrà

---

mente alla decisione 13 ottobre 1872 della Cassazione di Napoli, riportata negli *Annali* a pag. 530, che la servitù di prospetto, per essere continua ed apparente, si acquisti, col titolo e possesso trentennale sull'altrui fondo, chiuso o no, e senza intercedervi una determinata distanza.

(1) Cass. di Firenze, 30 dicembre 1872 e Corte di Firenze, 3 aprile 1873, *Annali*, pag. 157 e 467. — Corte di Milano, 2 aprile 1873. — Cass. di Torino, 2 luglio 1875 ed appunti dell'avv. Scotti, *Monitore dei trib.* 1875, pag. 257, 626 e 938.

(2) Cass. di Napoli, 7 aprile 1870, *Annali*, pag. 303.

(3) Cass. di Torino, 27 maggio 1870, *Annali*, pag. 80 e 2 luglio 1875, *Monitore dei trib.*, pag. 938.

(4) Corte di Firenze, 7 maggio 1870 e Cass. di Firenze, 30 dicembre 1872, *Annali* IV, pag. 237 e VII, pag. 467.

(5) Cass. di Firenze, 30 dicembre 1872, *Legge*, 1873. pag. 100.

(6) De Luca, *De serv. tut.*, disc. 9, n. 5.

(7) Pardessus, *Servitudes*, n. 209.

farle nel muro d'alzamento da lui praticato, se l'altro non vi ha contribuito o non ha acquistato poscia la comunione (articolo 555), perocchè può ritrarre le utilità che crede da quel muro, come sua esclusiva proprietà. Il comproprietario ha poi un diritto assoluto ad alzare il muro comune, ottemperando però alle prescrizioni di legge (art. 553).

Del resto le immissioni *in alienum* sopra casa o fondo del vicino devono essere permanenti e riflessibili, perchè sieno indizi, non di semplice tolleranza, ma di servitù. Non devono essere semplici incomodi, essendo inevitabili nei rapporti di convivenza sociale, nè deprezzando il valore dell'altrui proprietà; devesi per l'articolo 574 del codice civile evitare soltanto il danno del vicino (1).

Nascerà quindi *ex facto* il *jus servitutis* secondo i casi, e resterà rimesso al prudente criterio del giudice l'apprezzare le concrete particolari circostanze che pongano in essere una servitù od all'incontro soltanto una tolleranza di buon vicinato senza alcun vincolo (2). Non più occorrerà, per l'acquisto del titolo, alla servitù non negativa, che al trentennio della prescrizione abbia preceduto un'opposizione, come nell'articolo 614 del codice albertino (3), quando cioè il fatto materiale abbia già espresso una restrizione dell'altrui proprietà. In caso diverso, a stabilire le servitù *luminis et prospectus* non basta, come si avvertì, l'esistenza di finestre, la cui apertura per sè sola importa un mero atto facoltativo, un esercizio del *jus proprietatis*; ma richiedesi per di più una restrizione della libertà di fabbricare pel fondo vicino ed una esclusione del vicino dall'acquistare la comunione del muro in cui è la finestra, *ne prospectui officiatur*. Il possesso di tale servitù negativa per il vicino non può acquistarsi che con atti proibitivi (art. 631 cod. civ.) se non vi fu concessione speciale (4).

§ 5. — *Due questioni relative.*

I. — Acquisito il diritto di luce o prospetto, spetterà tuttavia al vicino il diritto di fabbricare contro tali aperture senza alcun limite di distanza, o di acquistare la comunione del muro in cui sono aperte?

L'una e l'altra facoltà devono escludersi nel caso di veduta diretta o di prospetto, il cui diritto siasi acquistato per convenzione od *altrimenti*, ossia secondo l'articolo 629 per alcun

---

(1) Corte di Genova, 10 luglio 1875, *Legge*, n. 37.
(2) Cass. di Firenze, 24 marzo 1873, *Legge*, n. 53.
(3) Corte di Genova, 27 maggio 1870, *Monit. dei trib.*, 1874, pag. 204.
(4) Cass. di Firenze, 6 gennaio 1876, *Annali*, X, pag. 181.

altro titolo, sia pure di ultima volontà (1), o per prescrizione di 30 anni, o per la destinazione del padre di famiglia.

Egli fu in riguardo all'acquisto del diritto anche per titolo di dominio, compreso nell'articolo 590 colla parola *altrimenti,* che la Cassazione di Torino lo ammise a favore del proprietario di finestre aperte *jure proprietatis,* onde impedire che il vicino fabbrichi a distanza minore di tre metri — stante quindi il diritto acquisito a tenerle aperte — se vi era proibizione, altrimenti a tenerle se non se a certa distanza (2). E se il proprietario abbia il diritto ad aver finestra a prospetto verso il fondo del vicino, questi non potrà fabbricare, che alla distanza (articolo 590) di tre metri (3).

Avverte la decisione 22 luglio 1874 della Cassazione di Torino (4), che il codice italiano non mantenne all'articolo 590 la differenza che il codice albertino faceva all'articolo 614, fra l'acquisto della servitù per titolo e quello per prescrizione, nè quindi lasciò adito, come lasciava il detto articolo 614, a poter fabbricare sul proprio terreno fino ad oscurare il prospetto altrui, acquisito per semplice prescrizione.

Anche la facoltà di acquistare la comunione del muro, accordata dall'articolo 571, va soggetta a limitazioni — *intermisso legitimo spatio* — in riguardo all'interesse privato, ove questo sia protetto dal diritto della servitù di veduta diretta o di prospetto (5): *ne quid officiatur ad gratiorem prospectum et liberum.*

Per eguali modi, come la servitù di prospetto, potrà stabilirsi la servitù di luce, se la fecero una apparente servitù continua le circostanze particolari, siccome fu sopra avvertito (6). Ed anche questa servitù di luce seco porterà un impedimento ad edificare, onde non toglierla o diminuirla; avvegnachè non possa senza contraddizione ritenersi un tale diritto nel serviente, di controoperarvi, acquistando la comunione del muro in cui è la finestra, od appoggiandovi il proprio edifizio. Questa facoltà presuppone all'articolo 556 del codice civile la semplice situazione di un fondo in contiguità all'altrui muro, ma se al suo esercizio fosse precorso il contrario altrui diritto di servitù, come già acquisito dal vicino, deve la stessa trovarvi di necessità un impedimento per non violare i giuridici loro rapporti reali, così

---

(1) Cass. di Napoli, 7 aprile 1870, *Annali*, p. 303. — Cass. di Torino, 27 maggio 1871, *Annali*, p. 79. — Cass. di Firenze, 30 dicembre 1872. — Cass. di Torino, 22 luglio 1874, *Legge*, 1873-74, pp. 100 e 1060.

(2) Sentenza 16 febbraio 1876. *Foro ital.* p. 937.

(3) Cass. di Napoli, 8 febbraio 1876, *Annali*, p. 172.

(4) *Monit. dei trib.* p. 495.

(5) Cass. di Milano, 22 novembre 1860: *Collezione delle sentenze della Cassazione subalpina*, p. 333.

(6) L. 4 Dig. *de servit. urb. praed.*, e L. 10 *de servit. vindic.* e L. 39 Cod. *de praescript.* — Pillet, *cod. civ.*, art. 680.

stabiliti (1). E quindi l'esistenza di aperture nel muro del vicino non priva in modo assoluto l'altro vicino del diritto di fabbricare sopra il proprio suolo; ma lo limita, in quanto ciò sia necessario, affinchè egli non leda il diritto acquisito a tenere quelle aperture (2). E così fu ritenuto che l'apertura di finestre, ove sia stata eseguita da oltre 30 anni a scienza e pazienza del vicino, impedisce la facoltà di rendere comune il muro in cui esistono (3).

I diritti facoltativi inerenti alla proprietà però non si perdono col non uso; come possono formare oggetto di convenzioni e di rinuncia relativa, così possono formare oggetto solo di rinuncia tacita, se ed in quanto il vicino abbia acquistato col tempo per uso fattone quale per diritto, quello contrario ad alcune di dette facoltà. Ma all'infuori di queste restrizioni, conserva il proprietario ogni altra facoltà relativa alla sua proprietà pel principio *tantum praescriptum quantum possessum* (4).

II. — L'esistenza di una finestra, aperta dal proprietario di due fondi, non sarà un testimonio continuo ed apparente di una servitù?

Detta apertura, se il fondo su cui è posta venne venduto colla stessa, constaterà un rapporto di servitù attiva, a carico dell'altro fondo, per destinazione del proprietario d'amendue. Finchè i due fondi furono proprietà d'un solo, mai si potè parlare di servitù *nam nemini res sua servit*: ma sia che esistesse già prima, sia che abbia egli aperta la finestra, si avrà la servitù, nel primo caso *ex causa antiqua*, tolto che sia l'impedimento, ed *ex causa nova* nel secondo, per destinazione, tostochè esso proprietario abbia dato una delle due proprietà, come fondo dominante o serviente, ad un altro. Venne dal diritto romano riconosciuta questa servitù, da prima nell'atto di ultima volontà di chi *binas aedes habebat, si alteras legasset*, dimodochè non era dubbio, *quin haeres alias possit altius tollendo, obscurare lumina legatarum aedium* (5); e più tardi fu ammessa eziandio pei contratti, in base alla stessa ragione, purchè la finestra continuasse ad esistere, come primitivamente, dopochè i due fondi diventarono di diversa spettanza, ossia come affetti manifestamente l'uno di servitù passiva e l'altro di servitù attiva. Insito a siffatta condizione è poi il diritto di vietare ogni costruzione che ne togliesse il beneficio, e di rifiutarsi alla comunione del muro (6).

---

(1) Cass. di Palermo, 22 dicembre 1874, *Legge*, 1875 n. 20. — Cass. di Napoli, 13 ottobre 1875, *Annali*, p. 530.

(2) Cass. di Napoli, 7 aprile 1870, *Annali*, p. 303.

(3) Cass. di Torino, 10 aprile 1869, *Legge*, 1869, p. 762.

(4) Pardessus, *Servitudes*, n. 312.

(5) L. 10 Dig. *de servit. urb. praed.*

(6) Cass. di Torino, 31 maggio 1869 (*Monit. trib.* p. 593), e Corte di Milano, 23 aprile 1875 (*ibid.* p. 696).

§ 6. — *Giurisprudenza. Applicazione del divieto di fabbricare a distanza minore di tre metri, sebbene vi sia di mezzo uno spazio altrui.*

La Corte di Venezia con sentenza 4 agosto 1875 decise, all'appoggio dell'articolo 571 codice civile, dovere Albrizzi Remondini demolire i muri e le fabbriche erette a distanza minore di metri tre dal muro di proprietà Sardagna, abbenchè fra le due case corresse uno spazio consortivo di passaggio; ed alla detta sentenza applaudiamo (1). La Cassazione di Firenze cui la Remondini ebbe a denunziare tal giudicato, respinse il ricorso.

La stradicella impediva difatti di chiedere la comunione di muro al vicino, essendo affetta dalla servitù di passaggio a favore di altri, cosicchè gli stessi proprietarii non potevano *divisionem corporis obtinere: de restituto communi binarum aedium arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet* (2).

Se fra le due proprietà fosse stata una strada pubblica con una larghezza minore dei tre metri, avrebbe avuto, per gli articoli 577 e 587 codice civile, l'un frontista facoltà di fabbricare ed aprire finestre, senza che l'altro avesse avuta quella di impedirlo o di chiedere la comunione, giacchè non avrebbe potuto appoggiarvi il proprio fabbricato, salva del resto l'osservanza delle leggi e dei regolamenti particolari, che riguardano le costruzioni lungo le vie pubbliche (art. 572). Standovi di mezzo invece la proprietà privata, andava questa calcolata nella misura della distanza del muro del vicino, che deve osservarsi tuttavia nel fabbricare, prescrivendolo la legge per l'ordine pubblico, nell'interesse dell'igene edilizia e della pubblica sicurezza, senza alcuna restrizione, eccettuato il solo caso di strada pubblica, che vi sia frammezzo. E poichè nel concreto caso pratico quella distanza di costruzione dall'altrui proprietà era minore di quella fissata dalla legge, doveva il nuovo rialzo di muro essere demolito poichè fu costrutto in violazione della stessa (3).

Che se il terreno intermedio forma una comproprietà indivisa, la si considera come aliena, di altrui proprietà, rispetto alla distanza, per non aggravare di servitù la casa comune in caso che il terreno più vicino venisse assegnato ad altro dei comproprietarii (4).

---

(1) *Annali*, IX, p. 2, pag. 499.
(2) L. 20, § 1 Dig. *de Comm. divid.*
(3) Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni*, III, p. 248, 2ª edizione.
(4) Borsari, *Commento del codice civile*, all'art. 571.

Così pure non potrebbe l'un socio durante la comunione fabbricare *area comuni, quia, invito altero socio, in re comuni non habet jus aedificandi* (1).

Quando però il terreno frapposto, tuttochè comune, abbia la particolare destinazione di servire ai fondi o case contigue per la soddisfazione di un bisogno particolare di tutte, come sarebbe un cortile, un andito, un viottolo di passaggio, riterrebbe Pacifici-Mazzoni (2), che si possa fabbricare, osservando quella sola distanza sebbene fosse minore di metri tre, avvegnachè non si tratti che di mantenere rapporti prestabiliti (3). Ma a noi pare, che la condizione delle cose diventi complessa, quando a quella destinazione particolare del terreno intermedio, minore di tre metri, si voglia aggiungere una fabbrica prospettica al muro del vicino, posto dall'altra parte di quel terreno; imperocchè la facoltà di costruzione va considerata separatamente da quella destinazione particolare, dipendendo dalla sola misura della effettiva distanza, che deve essere legalmente di tre metri. I rapporti, prestabiliti *in rem singulam* dei due proprietarii, vi sono quindi estranei, nè possono esentare dal fare l'applicazione della legge ad elementi di fatto, che sieno diversi da quelli dei detti rapporti. Possono influire in ciò solo, che non è concesso lo scioglimento della comunione, quando, dividendosi, cesserebbero il viottolo, il cortile, di servire all'uso, a cui sono destinati (art. 683 cod. civ.).

Se il vicino fabbrica alla distanza minore dei tre metri, l'altro potrà dunque difendere la sua proprietà, che ne resterebbe oscurata e diverrebbe insalubre, col chiedere la comunione del nuovo muro prospettico e fabbricare fin contro il medesimo; ma se a ciò fare si opponga il terreno intermedio comune ad altri, potrà domandare la demolizione, in quanto pur sempre invade la distanza, che era da lasciarsi fra quella nuova fabbrica ed il muro altrui per disposizione imperativa della legge, e senza la cui osservanza questa non riconosce conseguentemente la esistenza e gli effetti giuridici alla nuova costruzione. Il detto vicino, il quale non voglia rendere comune il muro dell'altro,

---

(1) L. 20, § 1 Dig. *de servit. urb. praed.*

(2) *Istit.* loc. cit

(3) Secondo Pardessus (*Servitù*, n. 205), se il terreno che separa le due proprietà è comune, fosse pure per effetto d'una servitù di indivisione, come il cortile comune, l'uno dei proprietari dovrebbe osservare una distanza doppia della legale, prendendo per norma la linea media della proprietà comune, in quanto la distanza legale va presa sopra l'una metà ed altrimenti la si prenderebbe anche sulla metà dell'altro. — Demolombe (*Corso del codice civile*, n. 565) altrettanto insegna: se il terreno intermedio è comune ed affetto di servitù di uso e passaggio, non occorre la distanza legale, ma i rapporti dei due fondi o case vanno regolati, come se la proprietà fosse divisa da un muro o fosse comune, e si prende il mezzo per misurare la distanza; se poi non è affetto da servitù, si prende la distanza dalla linea di separazione della proprietà comune fino a quella delle proprietà di ciascuno.

eretto ad una distanza dal suo fondo minore di un metro e mezzo, o non lo possa, perchè lo spazio intermedio appartenga ad un terzo o sia comune, dovrà fabbricare alla distanza di tre metri dal muro dell'altro. Per lui v'è la sola alternativa — o della continuità, se così vuole o può — o della distanza, rispettando il fatto compiuto nel muro altrui, ove di mezzo vi sia la proprietà di un terzo o quella comune, che parimenti va distinta dalla proprietà singola dei due vicinanti, oltreciò comproprietarii (1).

§ 7. — *Se il divieto di fabbricare a distanza minore della legale possa venire meno per convenzioni private.*

Quel divieto è fra le servitù stabilite dalla legge per l'utilità privata (articoli 535 e 571 cod. civ.), *quia vicinorum interest* (2) nei loro reciproci rapporti reali. La restrizione di fabbricare a distanza non minore di tre metri dall'altrui muro — abbenchè sia imposta per uno scopo generale, rappresentativo degl'interessi particolari, così per le città come per le campagne, *parce que l'ordre public veille également pour les unes et pour les autres* (3), — riguarda direttamente però in sostanza l'utilità privata (4). La stessa legge riconosce quindi, all'art. 590 cod. civ., nell'acquisto del diritto di veduta diretta o prospetto, che siasi fatto per convenzione od altrimenti, l'altro diritto, che non venga fabbricato a distanza minore dei tre metri, a meno che una distanza maggiore o minore non sia stata stabilita dalla convenzione, o per prescrizione o per destinazione del padrone (5). L'interesse generale va qui dunque subordinato a quello speciale dei privati, in quanto essi abbiano provveduto ai loro interessi diversamente dalla legge, sia per le distanze nelle costruzioni, sia rispetto alle servitù di finestra, di prospetto, di non alzare più in alto, sia per le facoltà legali di chiedere la comunione del muro e di fabbricare fin contro il medesimo, otturandone benanco le aperture. Non si tratta di una disposizione di legge, *ex jure imperii*, che si basi all'ordine pubblico assoluta e principale, *quod privatorum pactis mutari non potest*, sicchè *privatorum conventio juri publico non derogat* (6); ma riflette piuttosto l'ordine relativo e secondario, a cui puossi ri-

---

(1) Cass. di Palermo, 14 agosto 1875, *Annali* X, p. 15
(2) L. 15. Dig. *de servit.*
(3) Locré, tom. 4, p. 181.
(4) Pardessus, *Servitù*, n. 328. — Aubry e Rau, su Zachariae, *Diritto civile*, III, § 245 — Dalloz, *Servitudes*, n. 361.
(5) Cass. di Milano, 22 novembre 1860 (*Collezione decisioni della Cass. subalpina*, p. 333-339).
(6) L. 45 Dig. *de regul. juris.* — L. 6, 17, Cod. *de pactis.*

nunciare; perciocchè *unicuique licet contemnere ea, quae pro se introducta sunt* (1).

Difatti la proposizione dell'art. 571 codice civile « deve fabbricare alla distanza di tre metri *dal muro altrui* », importa un precetto relativo al detto *muro altrui* e per ciò stesso all'interesse del vicino. Questo precetto conseguentemente *non tollit potentiam juris et facti* di convenire col vicino proprietario del muro per poter fabbricare ad una distanza minore. Anche nel l'applicazione dell'art. 590 si tratta di un interesse privato riguardo alla distanza, che deve osservare chi attualmente vuole fabbricare, in quanto che deve essere di tre metri, quando la casa attigua abbia acquistato con finestre a prospetto, per qualsiasi legittima causa, il diritto di tenerle aperte (2).

CAMILLO BERTOLINI.

APPENDICE XII.

Osservazioni sugli articoli 570, 571, 572 del codice civile

I. L'art. 570 contiene una disposizione che potrebbe parere soperchia, ma che è il punto di partenza di tutto il sistema: « Chi vuol fabbricare una casa o un muro può farlo sul confine della sua proprietà ».

Importa osservare, ed è stato notato nella dottrina, che questo dettato suppone di necessità un caso vergine, un terreno su cui non si è fatta alcuna edificazione, sì che ad ognuno dei vicini, che voglia per il primo edificare presso il confine, è data facoltà di farlo a modo suo, sino all'estremo limite della sua proprietà.

Ma è la facoltà, diciamo così, del primo occupante. Egli può fabbricare più o meno al di qua del confine. Il fatto suo è sempre legittimo; espressione del libero uso del diritto di proprietà.

Dell'altro vicino non è il simigliante. Le sue facoltà si modificano; si contemperano al fatto compiuto. Egli può fare più

---

(1) L. 4 Dig. *de minor.*, e L. 136 *de regul. juris.*
(2) Cass. Torino, 16 febbraio 1876, *Monit. trib.* p. 372.

o meno, a seconda lo stato dei luoghi costituito dal primo proprietario, il cui edificio segna la legge delle distanze.

« Il diritto di fabbricare sul confine (scrive il professore Pacifici-Mazzoni) compete quando il fondo vicino sia suolo nudo, e non fabbricato, poichè in questo caso altre norme debbono seguirsi, come fra poco vedremo ». *Delle servitù legali* N. 57[1]

II. Che ha fatto l'uno dei vicini, che diremo *Primo?*

Ha edificato sino al limite divisorio dei due fondi? L'altro può fare altrettanto. È nel voto delle leggi che gli edificii siено in continuità. Penseranno i proprietari ad un sistema di edificazioni che valga a dare aria e luce. Ciò che la legge aborre è l'estrema prossimità delle fabbriche, per cui le abitazioni si oscurano e si ammorbano a vicenda, e per cui quella casa che già era un paradiso può diventare una bolgia.

Ha invece edificato di qua dal limite divisorio? Il vicino, che diremo *Secondo,* ha una posizione coatta, una *servitù legale.* Per lui è l'art. 571.

Questo articolo dà a *Secondo* un *diritto* ed un *obbligo.*

Un diritto. Se *Primo* lasciò meno di un metro e mezzo tra il suo muro esterno e la proprietà del vicino, egli può appropriarsi tutto lo spazio frapposto, salvo a pagarne il prezzo. Così l'edificio di *Primo* diventa contiguo alla proprietà di *Secondo;* da ciò la facoltà di chiedere la comunione del muro, e di edificare in continuità.

Un obbligo. Se cotesta facoltà non è esercitata, e *Secondo* edifica divisamente, il nuovo edificio dev'essere a distanza di tre metri dal primo. « *Non volendo il vicino profittare di tale* « *facoltà, deve fabbricare in modo che vi sia la distanza di* « *tre metri dal muro dell'altro* ».

Talchè l'art. 571 pone l'alternativa a *Secondo:* o la continuità o la distanza di tre metri.

A *Secondo* non giova dire che egli vuol fabbricare sino al limite del fondo suo. È in questo la servitù di legge; che dato un primo fabbricato, un altro non può sorgere che a giusta distanza. Dovesse pure *Secondo* lasciare del suo tutti i tre metri, meno qualche centimetro, tale è la legge. Non si perdona a rivalità o ad invidia a spese della igiene pubblica. E rivalità ed invidia è l'addossare delle nuove fabbriche in tanta prossimità che facciasi un alveare delle case dei cittadini.

III. Il *diritto* e l'*obbligo* di *Secondo* non sono una corrispettività necessaria quasi compenso l'uno dell'altro. Talora l'obbligo è assoluto, senza la medela del diritto.

Spieghiamoci. Può darsi che *Primo* abbia lasciato frapposta tra il suo muro e la proprietà del vicino una zona di un metro e mezzo, e può essere anche di più. Allora *Secondo* non ha punto il diritto di appropriarsi questa zona e congiungersi all'edificio di *Primo.* Ma è quindi francato dall'obbligo di mantenere la distanza dei tre metri, e di servire alle conseguenze della prima edificazione? Mainò. Il precetto della distanza è una

necessità assoluta. Si combina finchè si può coll'attribuzione di talune facoltà; dove non si può, resta l'obbligo. La non era materia di mero interesse privato, dove fosse caso di patteggiare le condizioni di un dettato legislativo. La distanza si volle e si volle sempre. Il compenso della appropriazione facoltativa si volle finchè potevasi.

Ciò dice il terzo comma dell'art. 571: « Lo stesso ha luogo (cioè doversi *fabbricare in modo che vi sia la distanza di tre metri dal muro dell'altro*) *in tutti gli altri casi* in cui la fabbrica del vicino si trovi distante meno di tre metri dal confine ».

In tutti gli altri casi. Sempre che l'edificio di *Primo* non dista tre metri dalla proprietà di *Secondo* (ciò vuol dire il *confine*) costui ha l'obbligo di edificare in guisa da conservare la prescritta distanza.

Si trova dunque il primo edificio a distanza di due metri? *Secondo* non può fabbricare che ad un metro entro il proprio confine. E così via.

Fin qui è l'evidenza del testo.

Onde è falso il dire che il vicino non deve lasciare che la distanza di un metro e mezzo. No; è questa la misura di quello spazio entro cui si può esercitare la facoltà della espropriazione del suolo attiguo. La misura della *distanza* è un'altra cosa, ed è di tre metri. Tre metri *ed in tutti i casi,* dice l'articolo 571.

IV. L'art. 571 nel prevedere l'ipotesi che la prima edificazione sia seguìta più o meno dentro il confine, non esclude il caso che la sia fatta giusto al limite estremo del fondo.

Infatti le parole: *Quand'anche non si fabbrichi sul confine il vicino può chiedere la comunione* comprendono entrambi i casi, cioè: la fabbrica contigua che è il caso ordinario del diritto di chiedere la comunione, e la fabbrica fatta più in dentro a distanza minore di un metro e mezzo. In ambi i casi, della regola e dell'eccezione, havvi la facoltà di chiedere la comunione del muro.

E l'articolo segue a dire nel secondo comma: *Non volendo il vicino profittare di tale facoltà* (la facoltà della comunione) *deve fabbricare in modo che vi sia la distanza di tre metri dal muro dell'altro.*

Dunque o non voglia la comunione ordinaria del muro contiguo o non voglia la comunione del muro posto a meno di un metro e mezzo, il suo obbligo è sempre uno, lasciare i tre metri tra i due edifici.

Ciò che la lettera comprende, esige per logica necessità, lo spirito della legge.

Come! Sarebbe dunque lasciato a libertà dei vicini di edificare ad un metro, ad una spanna dalla casa altrui quando il primo proprietario edificò sulla linea divisoria? Il vicino può da un canto non volere la comunione dei muri medi, e d'altro

canto lasciare una gola di pochi centimetri tra il primo ed il secondo edificio? Ciò è assurdo a fronte dell'art. 571.

Sarebbe invero inconcepibile che una distanza così severamente prescritta dovesse dipendere dalla situazione del primo fabbricato, se proprio al confine, o un po' più indietro. Perchè mai allora questa capricciosa servitù dei tre metri? Perchè non permettere che *Secondo* fabbrichi sul suo confine, quando *Primo* ha lasciato un qualunque spazio intermedio, se nel caso inverso, di un edificio elevato sulla linea divisoria, *Secondo* può innalzare a qualunque distanza?

Limitare l'art. 571 all'ipotesi di un edificio *dentro* il confine sarebbe proprio follia.

Nè alcuno sognò mai di dirlo. Vogliamo anche qui esporre le parole dell'egregio professore testè citato.

« Anche quando il proprietario del muro preferisca cedere la comunione, anzichè estendere il suo edifizio sino al confine, il vicino non ha l'obbligo ma la facoltà di acquistarla; onde può anche rinunziarvi e lasciare il suolo e il muro a quello al quale appartengono. Ma gli è interdetto di fabbricare sul confine, e gli viene imposto di lasciare la distanza di tre metri dal muro del vicino. Se adunque la casa o il muro di cinta di questo fosse distante dal confine, ad esempio un metro, quanto basti che l'acqua piovana scoli nel suo terreno, l'altro non potrebbe edificar casa o muro di cinta, se non a due metri di distanza dal suo confine.

« Questa disposizione può sembrare dura e quasi ingiusta. Se però si rifletta che il proprietario vi si assoggetta volontariamente e che giova a lui non meno che al vicino; perchè rende possibile non solo l'uso dello spazio intermedio, ma ancora lo alzamento di edifizi con finestre luminose ed ariose dalla parte di detto spazio, sparisce ogni idea di durezza e d'ingiustizia. Che anzi assai provvidamente previene lo sfogo dell'invidia o della malizia di colui, che volesse costruire a minima distanza dallo edifizio altrui a danno di questo; e provvede eziandio all'ornato pubblico, quando si tratti di edifizi nelle città, nei paesi e nei sobborghi, rendendo impossibile l'intercapedine del piede di S. Paolo, come suol chiamarsi, che deturpa i prospetti degli edifizi.

« Ed essendo questi motivi di un carattere generale ed assoluto, la stessa distanza deve lasciarsi in ogni caso: tanto cioè se la fabbrica del vicino s'innalzi sul confine, quanto se ne disti tre metri meno pochi centimetri, con questa differenza, che nel primo caso deve lasciare tre metri sul suolo fra il confine e l'edifizio, nel secondo quei pochi centimetri, che mancano al complemento di detta distanza. Che se poi la fabbrica mia fosse distante dal confine tre metri, tu potresti costruire la casa o il muro di cinta precisamente sul confine medesimo ». (*Delle servitù legali,* n. 553).

V. Gli articoli 570 e 571 prevedono, senza dubbio, il caso

ordinario, di due fondi a contatto. Straordinario e raro può essere il caso di un corpo estraneo, ed intermedio in tanto piccolo spazio. Per ciò appunto il terzo comma dell'art. 571 accenna alla distanza di tre metri *dal confine,* senza specificare qual sia questo *confine*, se del fondo di *Primo* o della proprietà di *Secondo*. È il confine di entrambi; è la linea divisoria.

Ma può essere che pur dentro i tre metri vi sia la proprietà di un altro, per esempio un sentiero di proprietà di un terzo vicino, un canale o altro di simigliante.

L'art. 571 cessa forse di imperare in simili contingenze?

Questa intromissione di una zona altrui nulla toglie ai motivi di legge. Sarà, se vuolsi, fuori le sue previsioni, ma non muta in nulla la condizione giuridica della servitù legale. Nè il padrone della zona media, nè il proprietario che segue più in là, possono fabbricare a distanza vietata. È *servitù* di fondo non di persone. La servitù impera fino ai tre metri, o fosse uno il proprietario, o fosse più.

Ciò che havvi di speciale nel caso di che favelliamo è l'inapplicabilità del diritto alla comunione; poichè *Secondo* non potrebbe esercitare la facoltà attribuita in data ipotesi dall'articolo 571, stante l'interposizione di una zolla altrui.

Ebbene: già vedemmo che il diritto di quella comunione facultativa non è una condizione dalla quale dipenda la servitù della distanza. Può essere e non essere. Non è, quando *Primo* ha lasciato dentro il suo proprio confine uno spazio non minore di un metro e mezzo. Non è, quando altri ostacoli di legge intervengono: per esempio, quando nel muro di *Primo* fosse pure a confine, esistono delle finestre a titolo di servitù. È dunque un errore l'elevare a condizione di legge l'ipotesi della comunione facultativa.

Del resto l'interposizione di un corpo estraneo tra le due proprietà di *Primo* e di *Secondo* non è imprevvista. L'art. 572 prescrive che la servitù della distanza tace solo nel caso che ci sia per lo mezzo una piazza o una strada pubblica. Allora succede un altro ordine di cose, e la legge se ne rimette ai regolamenti della pubblica amministrazione.

Parlare di un sentiero privato, di un canale di altrui proprietà, ecc., è contro ogni ragione giuridica, ed ha una mentita nell'art. 572.

VI. L'art. 571 aggiunge al divieto delle nuove edificazioni il divieto degli alzamenti ulteriori. Quella ragione medesima per la quale si volle una distanza tra nuovi edifici, valse a vietare che le antiche fabbriche, sorte in altri tempi in grande prossimità, s'innalzassero viemmaggiormente.

Si è disputato se nel caso di un alzamento di fabbriche preesistenti l'autorità giudiziaria dovesse ordinare la demolizione di tutto, o di quella parte che si era sopraedificata in disprezzo del nuovo divieto. Non mancano coloro che tengono la prima

sentenza, posto che un nuovo fatto disintegrava l'antico stato di cose, che mal potrebbe sussistere dopo la demolizione della nuova opera (1).

Ma siffatta quistione ne trarrebbe al di là dei limiti in cui devono essere contenute queste nostre osservazioni.

AVV. VINCENZO DI MARCO.

APPENDICE XIII. [a]

Sulla facoltà di dare in pegno le servitutes urbanae

(Del dott. HÖLDER prof. in Greifswald) (2).

In quest'articolo dell'Hölder si tratta una questione molto controversa e incidentalmente si accenna ad una nuova teorica circa la distinzione delle servitù prediali in rustiche ed urbane.

Per la l. 12, D. *de pignoribus* si possono dare in pegno le servitù rustiche, dandone il possesso al creditore prima del giorno della scadenza del debito, e quindi concedendogli di vendere in quel giorno la servitù, se il pagamento non siasi eseguito. In questo modo la servitù si viene a costituire realmente solo colla vendita fattane dal creditore: prima egli non ne ha che il quasi-possesso.

Per la l. 11 § 3. D. *eod.* si nega la facoltà di dare in pegno le servitù urbane.

Dalla comparazione di queste due leggi e dal loro collegamento nascono due questioni: 1.° perchè non vi può essere un quasi possesso di una servitù urbana nel creditore pignoratizio? 2.° deriva da questa impossibilità quella della costituzione del pegno sopra una tale servitù?

Il solo scrittore recente, che abbia tentata una divisione delle servitù in urbane e rustiche secondo il loro contenuto, è il Vangerow, *Pand.* § 339 annot. 2. Egli distingue le *servitutes habendi*, *prohibendi* e *faciendi;* le due prime classi formano

---

(1) V. PACIFICI-MAZZONI, pag. 554.

(a) Crediamo di arricchire questa traduzione, riportando anche questo sunto d'un'ottima monografia, che riportare distesamente non abbiamo potuto.

(2) *Archiv für die civilist. Praxis*, 1880, p. 113-121.

le servitù urbane, l'ultima le rustiche. Una delle cause per cui tale distinzione ha trovati pochi seguaci è la mancanza di corrispondenza tra le categorie medesime e i predicati di urbane e rustiche attribuiti alle categorie romane. Il prof. Hölder pensa che la categoria delle servitù negative sia esatta, poichè tutte le negative sono certamente urbane; non così quelle delle *servitutes habendi* e *faciendi*. Il Vangerow solleva un solo dubbio circa la *servitus aquaeductus* che potrebbe considerarsi come *servitus habendi;* ma risponde che in essa non si tratta solo di *habere* il *rivus* ma di derivare l'acqua. Ciò peraltro si potrebbe dire anche della *servitus stillicidii,* la quale è certamente urbana. Secondo l'Hölder non è solo lo *habere* che caratterizza le servitù urbane positive, ma un *habere* di speciale natura, contenuto in quello del *praedium dominans.* Le *servitutes urbanae* sono « le negative e quelle che s'immedesimano collo stato dell'edificio dominante » (Hölder, *Instit.*, pag. 116 B). I fondi rustici hanno bisogno in parte dei prodotti di altro suolo, ma più specialmente, per la loro consueta lontananza dalle strade pubbliche e dalle acque, della possibilità del trasporto d'uomini, bestie ed acqua sui fondi vicini; onde l'*iter,* l'*actus,* la *via,* l'*aquaeductus* prototipi delle servitù rustiche. Al contrario il principale bisogno dei fondi situati nelle strette città è quello di aver maggior libertà all'intorno; spazio, luce ed aria sono il fine delle servitù urbane così affermative come negative. Il fondo rustico cerca l'aiuto positivo nelle prestazioni del fondo serviente, il fondo urbano cerca la libertà della propria ampliazione.

Questa è la regola generale che caratterizza la distinzione; poco importa che nel fatto non ogni fondo urbano sia in città, non ogni fondo rustico in campagna. Certo l'aria e la luce sono tanto necessarie ai campi quanto alle abitazioni, ma per quelli è minimo il pericolo di esserne privati; così l'interesse delle comunicazioni esiste altrettanto per il fondo urbano quanto per il rustico, ma per quello questo bisogno è soddisfatto per solito dalle strade pubbliche.

Da questi caratteri deriva che delle servitù urbane non si può dare un proprio e indipendente quasi possesso. Per quelle che *in patiendo consistunt* ciò è chiaro, perchè il loro possesso dipende da quello del fondo dominante, come più volte già si è osservato; ma lo stesso deve dirsi di quelle che vietano un *facere.* Il loro contenuto non essendo un *usus,* e l'*usus* essendo il contenuto del possesso, non si può dare possesso a loro riguardo. Nè a ciò contraddicono le due leggi, riferite dal Savigny, 15 D. *de op. nov. nunc.,* 39, 1 e 45 *de damn. inf.*, 39, 2.

Di qui viene che delle servitù negative non può darsi possesso pignoratizio perchè non può darsi possesso in genere. Alla stessa conseguenza porta riguardo alle altre servitù urbane, una impossibilità non giuridica, ma difatto. Per es.: *A* dovrebbe aver diritto di mettere in un buco del muro della mia casa il

trave della sua, e poi di vendere a *B* il diritto di mettere il trave della sua casa nel medesimo buco. Per la sua stessa natura questo diritto non può tornar utile a più d'uno; mentre invece un diritto, com'è per es. quello di passaggio, può facilmente giovare a parecchie persone.

Dimostrata così l'impossibilità di una *quasi possessio* sulle servitù urbane resta a vedere se questa è la causa della impossibilità di darle in pegno. Certamente il creditore non potrà costituire la servitù a favore del vicino al quale dovrebbe venderla per mezzo della *in iure cessio*, poichè per questa sarebbe necessario che egli fosse padrone del fondo. Restano due altri modi pretori di costituzione: la *pactio et stipulatio* e la *quasi-traditio.* Ma chi si serve del primo mezzo deve dare piena garanzia che l'acquirente da nessuno sarà turbato nell'esercizio della servitù. Questa garanzia non poteva dare il creditore. Gli restava dunque la sola *quasi-traditio.* Ma questa era impossibile per le servitù urbane negative e giuridicamente, per le affermative nel fatto stesso.

Termina il suo articolo il prof. Hölder sostenendo che oggi in Germania essendo sparite le forme romane per la costituzione di servitù, si possono costituire in pegno anche le servitù urbane.

V. SCIALOIA.

APPENDICE XIV.

Sulla servitus luminum

Considerando come nella pratica forense sono non infrequenti le controversie sulla natura e sulla estensione della servitù *luminum*, considerata in sè medesima, e in confronto all'altra *ne luminibus officiatur;* ed osservato inoltre, quanta disparità di opinioni, anzi quanta incertezza regni sin nelle più opinate opere dei nostri tempi intorno al significato dei testi relativi a queste due specie di servitù, ci è sembrata fuori proposito la taccia di inutilità data da taluno alle ricerche per sistemare il vero senso delle due servitù.

Certo ai nostri giorni ben di rado può avvenire che alcuno pensi di stipulare una servitù, con le parole romane *servitus luminum*, senza dir altro. Ma ciò importa nulla, e la pratica lo ha dimostrato: poichè sia che le parti si servano di questa frase o dell'altra corrispondente, di *servitù di luce*, sia ancora

che, senza servirsi dell'una o dell'altra espressione, stipulino il diritto d'illuminare un corpo, fuori del diritto comune, è sempre vero che spesse volte, quando trattasi di esercitare siffatto diritto, e più ordinariamente allorchè si procede a nuove costruzioni nel fondo serviente, nascono delle questioni sull'indole e sulla portata del diritto stabilito, per le varie contingenze di località: di guisa che bisogna ricorrere allo esame di quella categoria di servitù che nel diritto romano è segnata con un nome e con uno scopo eguali o analoghi a quelli del contratto.

Anche il Borsari si è fatto a dire che, presso noi la legge ha in buona parte provveduto al bisogno: poichè avendo essa prescritto di tenere le finestre ad una distanza di un metro e mezzo questo spazio rimane libero, e comunque il vicino alzi il suo muro, l'abitacolo del fondo dominante non sarà talmente oscurato che qualche raggio di lume non rimanga all'*uso diurno* — secondo la proposizione di Marcello, che in seguito trascriveremo —; per modo che niuno quasi vi sarà che senta il bisogno di stipulare la *servitus luminum* (1).

Al che si risponde primamente, che siccome verremo dimostrando, si può bene acquistare una servitù di lume senza contentarsi di quella luce che concedono gli articoli 587 e 588 del codice civile, in secondo luogo che i due citati articoli statuiscono per finestre aperte in muri prossimi, onde resta nell'arbitrio dei convicini il convenire lo stabilimento della servitù di lume nel vasto campo dei muri contigui, comuni od anche alieni.

§ I.

Nella presente materia la prima domanda da fare è se esista una *servitus luminum* in modo distinto da una *servitus ne luminibus officiatur*; perciocchè non manca persino chi ciò recisamente nega (2).

L'affermativa però non può esser dubbia; ed ecco il testo di Paolo: « *Luminum* (in) *servitus* id adquisitum videtur, ut vi-
« cinus lumina nostra excipiat. Cum autem *servitus* imponitur
« *ne luminibus officiatur*, hoc maxime adepti videmur, ne ius
« sit vicino, invitis nobis, altius aedificare, atque ita minuere
« lumina nostrorum aedificiorum » (3).

Da siffatta legge sorgono lucidissimi i concetti che la servitù *ne luminibus officiatur* è più estesa dell'altra semplicemente

(1) *Comment. del codice civile*, vol. II, pag. 685.

(2) BURCHARD p. e. crede che le denominazioni di *servitus ne luminibus officiatur* e *servitus luminum* servono a designare la stessa servitù. *Storia interna del Diritto romano privato*, trad. De Conciliis, vol. I, pag. 446. Napoli 1859.

(3) D. *de serv. praed. urb.* L. 4.

luminum; che può esser lecito diminuire la luce dei predi che di quest'ultima servitù sono forniti, la luce dei predi godenti la servitù *ne luminibus officiatur* non mai. E per fermo secondo la legge citata, la servitù *ne luminibus officiatur* include quella *altius non tollendi*, quantunque non consista unicamente in essa (1), avvegnachè siasi considerato il divieto dell'*altius aedificare* come l'esempio più sensibile della regola: *non minuere lumina.*

Non v'ha nel corpo del diritto romano alcun altro testo che indichi espressamente la differenza tra le due specie di servitù, ma qui è nettamente delineata con il contrapposto più rilevato.

La invulnerabilità assoluta della luce nelle servitù *ne luminibus officiatur* trova un'altra splendida conferma nel seguente luogo di Ulpiano, in occasione che segnasi la differenza tra tale servitù e l'altra *ne prospectui offendatur.*

« Inter servitutes *ne luminibus officiatur et ne prospectui* « *offendatur*, aliud et aliud observatur: nam in *prospectu* plus « quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et « liberum: in *luminibus* autem (non officere) ne lumina cuius- « quam obscuriora fiant; quodcumque igitur faciat ad luminis « impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur: opusque « ei novum nunciari potest, *si modo sic faciat ut lumina no-* « *ceat* » (2).

Di fronte a testi così chiari deve sorprendere non poco come Mühlenbruch, del resto insigne espositore della dottrina delle Pandette, sia riuscito anche esso a confondere la servitù *luminum* con la servitù *ne luminibus officiatur*, asserendo in modo tanto indeterminato, che questa sia stata costituita presso i Romani, per proteggere o confermare quella (3). E se si può comprendere, come in molte leggi è scritto, che una particolare servitù sia stabilita come necessaria conseguenza e accessoria di un'altra, riesce incomprensibile una specie di servitù la cui ragion di essere stia unicamente riposta in un'altra, od ancora una servitù la quale per sè stessa non abbia valore, ma valga soltanto, perchè una seconda specie ne sia istituita. E questo quando il giureconsulto Paolo parla di ambedue, mettendole in contrapposto, e chiarendone la diversa natura (4).

§ II.

La *servitus luminum* è istituita al solo scopo d'illuminare quei predi che per diritto comune rimarrebbero oscuri o po-

---

(1) V. Voet, *Comm. ad Pand.* Libro VIII, Tit. I, II.
(2) D. *de serv. praed. urb.* L. 15.
(3) *Doctrina Pandectarum*, § 282, Bruxelles, 1838.
(4) Simile confusione fu fatta dal Puchta, secondo cui l'espressione *servitus luminum* e *prospiciendi* è più generica e significa ogni servitù relativa alla luce e alla vista — *Storia del D. R.*, Trad. Poli. Milano, pag. 55?.

trebbero essere oscurati (1). Segue da ciò che non è proibito l'edificare, il piantare alberi, o il fare cosa alcuna che tenda anche a diminuire la luce dei predi dominanti purchè questi godano della luce sufficiente per l'uso diurno. Neanco la privazione del sole pregiudica alla esistenza di cotal servitù, se il sole non è necessario al predio stesso, allo scopo per cui fu la medesima introdotta.

Ciò deriva dalla citata legge 4, ed esplicitamente è detto nel luogo di Ulpiano che segue:

« Si arborem ponat, ut lumina officiat, aeque dicendum erit « contra impositam servitutem eum facere: nam et arbor efficit, « quo minus coeli videri possit. Si tamen id quod ponitur, lumen « quidem nihil impediat, solem tamen auferat, si quidem eo « loci, quo gratum erat eum non esse, potest dicere, nihil con- « tra impositam servitutem facere: sin vero heliocamino, vel « solario, dicendum erit, quia umbram facit in loco, cui sol fuit « necessarius, contra servitutem impositam fieri » (2).

E risulta altresì dal responso di Marcello (3), adottato da Paolo, in cui fu affermato il principio, potersi « altius tollendo « obscurare luminibus, quoniam habitari potest etiam abscu- « ratis aedibus. Quod usque adeo temperandum est, ut non in « totum aedes abscuratur, sed modicum tamen, quod habitan- « tibus sufficit, habeant » (4).

Laonde Vinnio riassumeva con abbastanza precisione il pensiero dei giureconsulti romani quando così scriveva:

« In servitute luminum hoc minus esse quam in altera (ne « luminibus officiatur) quod qui hanc debet, altius aedificare « non prohibeatur, aliaque facere, modo tantum luminis vicino « relinquat, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem ser- « vitutem debet, ne luminibus officiatur, nihil omnino facere « possit, quo lumen minuatur, etiam si vicini aedes luminibus « abundent » (5).

---

(1) Le varie servitù urbane furono istituite per derogare alle restrizioni che la consuetudine e i regolamenti edilizi imponevano a favore degli edifici vicini. Vedasi ad esempio la Costituzione di ZENONE — Cod. L. VIII *De aed. priv.* l. 12, § III — che da vicino si riferisce al nostro tema; non che la L. 16. D. *de s. p. u.* Le *servitus luminum* e *ne luminibus* costituiscono anche una modificazione del diritto di proprietà, giacchè la L. 9. *s. p. u.* prescrive: *cum eo qui, tollendo, obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio.* Costituite nella parete comune, formano specialmente una deroga ai diritti di comunione — V. D. *de serv. p. u.* L. 8, 13, 28; D. *de com. div.* L. 28. Vedasi anche la L. 40 *de s. p. u.*, la quale, come vedremo, considera una servitù, che può essere una specie particolare di quella *luminum*.

(2) D. *de serv. praed. urb.* L. 17.

(3) L. 10 D. h. t.

(4) D. *De usufructu* etc. L. 30.

(5) *Institutionum* L. II, Tit. III.

§ III.

E non è lecito dubitare che quanto abbiamo or ora esposto debbasi unicamente dire della ristretta *servitus luminum*, e non mai della estesa *servitus ne luminibus officiatur*, una volta che abbiamo appreso ben chiaramente da Paolo e da Ulpiano con le leggi 4 e 15, da noi trascritte, essere vietata in questa ultima servitù qualsiasi diminuzione di luce: come egregiamente fu espresso dal Serafini, essa è il diritto d'impedire al proprietario vicino che intraprenda alcuna opera che menomi la luce (1).

E se a ciò avessero posto mente taluni e gravissimi Giureconsulti, fra i quali il Voet, non avrebbero commesso appunto l'errore di riferire alla servitù *ne luminibus officiatur* la legge 17 suindicata scritta, come si è detto, per la servitù *luminum*; non avvertendo quanto fosse contradittorio l'ammettere ciò quando si riconosceva che il debitore della servitù *ne luminibus* non solo non poteva *altius aedificare*, ma neanco erigere contro le luci altrui *viridaria et silvas* (2).

Essi non considerarono che, in siffatto modo, e confondevano le due servitù che presentavano come distinte e ponevano in collisione fra loro le leggi sopra citate: e, per colmo di confusione facevano a Paolo il torto di ritenerlo contraddicente a sè stesso. Perciocchè, mentre il sommo Giureconsulto aveva, con la legge 4, fermata la intangibilità dei lumi nella *servitus ne luminibus officiatur*, avrebbe poi egli, con volgare incoerenza, detto il contrario con la legge 30, *de usufructu etc.*

Le leggi 10, 17 e 30 dovevansi, per la retta loro intelligenza, leggere non separatamente, ma in armonia con le leggi 4 e 15, e queste ponendo a punto di partenza, per non incorrere nel biasimo: *incivile est, nisi tota lege perspecta, judicare.*

Io non convengo punto nell'opinione di coloro, che accagionano di confusione i testi al proposito delle due servitù, non soltanto per le disposizioni troppo precise delle leggi 4 e 5 del Digesto sulla vera natura della servitù *ne luminibus*, le quali debbono servire di base per istabilire la differenza tra questa e quella *luminum*, ma sì ancora perchè non è punto vero che esista confusione nel linguaggio. Avvegnachè ogni volta che i romani giureconsulti hanno voluto designare la più estesa delle due servitù, essi lo hanno fatto, adoperando la formula *ne luminibus officiatur*, e così l'hanno distinta dall'altra semplicemente *luminum:* così hanno fatto nelle leggi più volte citate 4 e 15, come ancora nella legge 23 (D. *de serv. praed.*

---

(1) *Istituzioni di Diritto Romano.* Parte I, pag. 206.
(2) Voet, *loco citato.*

urb.), in cui Pomponio giudicò che la dicitura *ne luminibus officiatur* comprende i lumi che sono e quelli che saranno.

§ IV.

Dall'anzidetto rilevasi che la quantità di luce, concessa ai corpi protetti dalla servitù *luminum*, non è determinabile in modo assoluto, ma è sempre relativa ai corpi da illuminare, all'uso, cioè, che di essi deve farsi. Marcello, il quale nella citata legge 10 ammise che i predii si possano *oscurare*, disse, però, occorrere che di luce *tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.* Così, a mo' di esempio, una stanza destinata allo studio sarà trattata con maggior larghezza che una cantina.

Vero è che principalmente è vietato in questa servitù fare cosa alcuna, *quo minus coeli videri possit*, giusta la frase di Ulpiano (cit. legge 17); avvegnachè, come disse Paolo, *lumen id est ut coelum videretur* (1), ma la facoltà di scemare la luce si arresta al punto in cui vien pregiudicato l'uso dei predii dominanti; non sarà in tal caso neanco permesso di erigere delle opere che sottraggono il sole: *sin vero heliocamino, vel solario, dicendum erit quia umbram facit in loco cui sol fuit necessarius, contra servitutem impositam fieri* (legge 17 citata).

Segue da ciò non esser vero, in modo assoluto, che la servitù *luminum* non implichi quella *altius non tollendi*, poichè essa importa certamente il divieto di erigere delle fabbriche, allorchè si riesca con ciò a diminuire la luce o a sottrarre il sole necessari al fondo dominante. La differenza al proposito tra la servitù in parola e l'altra *ne luminibus officiatur* consiste in ciò, che colla prima si può qualche volta impedire lo innalzamento delle fabbriche, con la seconda lo si può quasi sempre.

Non m'era dunque male apposto quando, al principio del presente ragionamento, nel rispondere al Borsari, osservai che il vigente codice civile, cogli articoli 587 e 588, non provvede abbastanza al bisogno di luce fra proprietà vicine. Questi articoli, i quali non hanno avuto affatto di mira il regolare la luce, ma unicamente l'evitare in parte la molestia che deriva da uno sguardo troppo vicino, riescono infine a concedere alle finestre uno spazio libero di un metro e mezzo. Il che, in molti casi, è sì poca cosa, che farà nascere il bisogno di convenzioni che estendano il beneficio della legge — le quali se non saranno abbastanza precise, troveranno nei principii suesposti le norme

---

(1) L. 16, *de serv. praed. urb.*

regolatrici, — ovvero farà, occorrendo, invocare il favore della prescrizione.

§ V.

Chiarita, a creder nostro, l'indole propria e la estensione della *servitus luminum*, dissipando, sempre a nostro modo di intendere, gli errori per cui se ne è offuscata la retta intelligenza, ci sarà di facile soluzione la controversia vivissima sul modo materiale di sua esistenza, ovvero sulla sua consistenza.

Vangerow passò minutamente in rassegna le diversissime opinioni che al proposito sonosi emesse (Puchta, l. c.), e che si rannodano intorno agli opposti pareri seguenti:

Alcuni, cioè, e sono la maggior parte, opinano che la *servitus luminum* è riposta nel diritto di aprire delle finestre nel muro comune o nel muro del vicino, contro la regola che nessuno può aprire finestre che nel suo muro. Accanto alla quale, per i medesimi scrittori, vi sarebbe la *servitus ne luminibus officiatur*, la quale consisterebbe nello avere delle finestre nel fondo del vicino, con l'obbligazione da parte di quest'ultimo di non ostruirle, edificando in opposizione alla regola che può ognuno fare quante finestre vuole nel suo muro, e che il vicino può, coll'edificare, ostruirle.

Secondo questa opinione, la servitù *luminum* potrebbe chiamarsi altresì *luminis immittendi;* di guisa che la servitù indicata dalla citata legge 4 corrisponderebbe appieno a quella designata dalla legge 40, Dig. *de serv. praed. urb.*, in cui è detto : « Eos qui *jus luminis immittendi* non habuerunt, aperto « pariete communi nullo jure fenestras immissas respondi » (1).

Altri sostengono, invece, che la *servitus luminum* ha luogo ognora che il vicino sia obbligato a non oscurare le nostre luci, sia che trovinsi aperte nel suo muro, sia che nel muro comune o nell'altrui (2).

La contesa sta nella interpretazione del testo di Paolo, legge 4 sopra citata, *ut vicinus lumina nostra excipiat.* Il Voet dice

---

(1) Sono conformi a tale opinione, fra gli altri, CUJAC. 1, obs. 13; DUAR. 1. disp. 33; EINEC. *Rec.* vol. 2.° § 406, et *Elem. Iuris civ.* t. 1.° § 147; VOET, Commen. t. II, *de serv. p. u* § 9: SERAFINI in Arndts, *Pandette*, vol. 1.° § 155. Idem, *Istituzioni di D. R.*, parte 1, pag. 206; DOVERI, *Ist. D. R.*, vol. 1.°, § 157, 6, pag. 565.

(2) A capo di questa opinione sta il VINNIO, *Inst.* lib. II, tit. III, *de serv. urb.* 8 e 9; e lo seguono fra gli altri GRIESINGER, *de serv. lum. ot. ne lum. offic.*; GOLDSCHMIDTH in *Arch. f. civ.* Il MÜHLENBRUCH stesso nel confondere, come si è osservato, le due servitù, afferma che la *servitus luminum* è contenuta nel diritto di avere delle finestre nella parete del vicino, o comune o propria, proibendo quello che le leggi concessero ai vicini, l c. L'ORTOLAN si contenta di accennare alle due opinioni, senza preferenza. — *Spiegazione storica delle Istit.*, vol 1.° lib. II, tit. III.

che con ciò deve intendersi quel diritto per cui il vicino è obbligato le luci e le finestre del vicino nella sua parete *pati et excipere*; ed osserva essere proprio della libertà, non della servitù, l'aprire finestre nella propria parete, quantunque fosse questa presso al confine.

Il Vinnio, però, ragiona che il vicino in tanto subisce le nostre luci — *lumina nostra excipiat* — in quanto deve astenersi dallo erigere nel proprio fondo cosa alcuna per cui le luci vengano precluse: il che sarebbe in sua facoltà, senza la costituzione della servitù (legge 9, *de serv. praed urb.*).

La servitù considerata nella legge 4 non è identica a quella prevista dalla legge 40, D. *de serv. praed. urb.*, già trascritta, per il motivo che con tale responso Paolo ha voluto confermare la regola, che nella cosa comune nulla può farsi *invito socio* (1). E che non abbia Paolo voluto dire cosa conforme a quanto della *servitus luminum* disse, si desume ancora dalla diversa formula, *luminis immittendi*, usata: considerazione che io credo importante, visto il costume dei giureconsulti romani di servirsi di formule identiche per esprimere gli stessi enti di diritto.

Per la qual cosa io ritengo che la servitù *luminis immittendi* non sia la stessa cosa della *servitus luminum*, ma possa soltanto esserne una specie (2).

§ VI.

Credo io, però, che quanto sopra ho esposto ai §§ I, II e III depone incontestabilmente contro la opinione che la *servitus luminum* sia il diritto di aprire delle finestre nel muro del vicino o nel muro comune, a differenza di quella *ne luminibus officiatur*, in cui le finestre starebbero nel muro del predio dominante.

E per vero, si è visto come la *servitus luminum* è meno estesa di quella *ne luminibus officiatur*, che la luce nei corpi che della prima godono può essere ridotta, non mai quella dei corpi che vantano la seconda: per modo che il beneficio portato dalla prima servitù limitasi, per regola, a procacciare un po' di luce, mentre il beneficio dell'altra mira al godimento assoluto di aria e di luce.

Ma se ciò è vero, dev'essere parimenti indubitato che l'essere le finestre nel proprio muro, o nel muro altrui, o comune, è indifferente per la costituzione dell'una o dell'altra servitù,

---

(1) D. l. 8, *quidam* 13, l. *in re* 26, *de s. p. u.*: l. Sabinus, 28, *com. div.*

(2) Può essere una specie della servitù semplicemente *luminum*, come ancora della servitù *ne luminibus officiatur*, secondo che siasi voluto, coll'ammettere la finestra nel muro comune, acquistare diritti minori o maggiori di luce.

mentre ciò che deve importare si è se limitato od illimitato debba essere il vantaggio dell'aria e della luce, quanto, cioè debba essere ristretta la libertà del vicino. Non si saprebbe difatti concepire perchè io, che acquisto il diritto di aprire delle finestre nel vostro muro, non abbia pure ad acquistare la facoltà di vietarvi la piantagione di alberi e l'erezione di fabbriche che diminuiscano la mia luce e mi rapiscano il sole; mentre, per il solo fatto di avere io con voi stipulato di rispettare le mie finestre, aperte nel mio muro, debbasi intendere di avere io acquistato ancora il diritto di proibirvi ogni fabbrica che menomamente offenda l'attuale mio godimento di aria e di luce.

Quello, adunque, che doveva determinare lo stabilimento della *servitus luminis* o della *servitus ne luminibus officiatur*, non poteva essere il solo fatto materiale della ubiquità delle finestre, ma bensì la intenzione delle parti, espressa, ovvero desunta dallo scopo presumibilmente verosimile, secondo i patti e la natura dei luoghi, di dar minore o maggiore beneficio di aria e di luce ai predii dominanti, d'imporre minore o maggiore limitazione di libertà al vicino. Come affermare *a priori* una disparità di trattamento giuridico in favore di fondi che potevano essere in fatto ugualmente trattati?

La distinzione, adunque, che altrimenti vorrebbe farsi tra le due servitù sarebbe meramente arbitraria, e, come tale, non ha potuto essere accolta dal legislatore.

Voet ed altri, per vero, che hanno seguìto il criterio della ubiquità delle finestre, per istabilire la differenza fra le due servitù, hanno riferito alla *servitus ne luminibus officiatur* quanto Ulpiano insegna alla legge 17, D. *de serv. praed. urb.*, erroneamente, come credo di avere lumisosamente dimostrato, mentre, in coerenza alle leggi 4 e 15 ciò va riferito alla *servitus luminum:* e così sonosi confusi i limiti che distinguono le due servitù. Onde, l'errore di far derivare la differenza nelle due servitù dal fatto di essere le finestre aperte nel muro comune o altrui, anzi che nel muro proprio, è una conseguenza dell'altro errore di avere attribuite alla *servitus ne luminibus officiatur* delle restrizioni proprie dell'altra ben più limitata *luminum.*

§ VII.

Un'ultima osservazione sulla prescrizione, come modo di acquistare la servitù della quale ci occupiamo.

Le servitù urbane, anche per diritto romano, si possono acquistare col lungo uso: *Servitutes quae in superficie consistunt possessione renitentur* (1).

---

(1) D. 8, 2, 80, f. PAUL. — Cod. 3, 34 1, Ant.

Ma per determinare in che modo la prescrizione della servitù *luminum* si compie, è uopo determinare se sia *affermativa* o *negativa*. Essa è affermativa, quando sonosi aperte delle finestre nel muro alieno o comune — *luminis immittendi*, — consistendo in tal caso *in patiendo:* e allora, trattandosi di servitù continua ed apparente, il possesso utile per la prescrizione si computa dal giorno in cui le finestre sono state aperte. E la servitù acquistata è quella di semplice luce, come quella che meno dell'altra *ne luminibus officiatur* offende la libertà del vicino, salvo che si dimostri il possesso trentennale, nei modi voluti per le servitù negative, dei maggiori diritti a questa più estesa servitù inerenti (articoli 617, 618, 629, 631, parte I del codice civile imperante).

La *servitus luminum* è però *negativa*, quando le finestre esistono nel muro proprio, poichè in tal caso consiste *in non faciendo:* e allora il possesso comincia dal giorno della proibizione, fatta con atto formale, dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente, per contrastargli il libero uso del medesimo e propriamente di far delle opere che offendano le luci del vicino, in modo da pregiudicare l'*uso diurno* del predio illuminato (articolo 631, parte II del codice civile).

AVV. G. B. IMPALLOMENI.

APPENDICE XV.

Se nelle servitù che non possono essere acquistate per mezzo della prescrizione possa darsi azione di manutenzione nel possesso annale, quando esso non è confortato da un titolo.

La legislazione francese, molto incompleta e difettosa intorno alle azioni possessorie, fece sorgere molte quistioni a loro riguardo; e perchè l'articolo 2229 del codice civile dispone, che per prescrivere si richiede un possesso continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietà, la giurisprudenza finì per conchiudere, che il possesso per la *complainte* doveva avere le stesse qualità, tuttochè l'articolo 23 del codice di procedura, nel silenzio del codice civile, si sia limitato a dire, che « les actions possessoires ne seront rece« vables, qu'autant, qu'elles auront été formées dans l'année du

« trouble, par ceux, qui depuis une année au moins étaient en « possession *paisible* par eux ou les leurs *à titre non pré-* « *caire* ». Perchè poi l'articolo 691 dello stesso codice civile dispone, che le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue non possono essere costituite che mediante un titolo, si conchiuse, che per esse non si dà la *complainte*, se il possesso annale non è confortato da un titolo. Quindi molte altre questioni in proposito; e così nacquero quelle di sapere se il titolo debba essere scritto o non; se debba essere propriamente costitutivo della servitù o basti un titolo ricognitivo; se di più il titolo debba provenire dal vero proprietario del fondo serviente, o basti anche un titolo emanato *a non domino;* di più ancora, se sia necessario, che questo titolo non sia contestato.

Anche sotto il codice albertino sorsero fra le altre le due or dette questioni con tutte le loro conseguenze sopraindicate, e ciò, tuttochè la legge fosse più positiva ed abbastanza completa a questo riguardo, ed, in fatto di prescrizione, diversa da quella della manutenzione. Imperocchè mentre l'articolo 2364 dispone, come il codice francese nel detto articolo 2229, che per indurre la prescrizione è necessario un possesso continuo e non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietà, e l'articolo 649 eccettua dalla prescrizione le or dette servitù, l'articolo 445 si limita invece a dire che « qualora alcuno, che si trova da oltre un anno *pubblicamente, pacificamente e non a titolo precario* (*non vi, non clam, non precario*) nel possesso di un immobile, o di un diritto reale o della universalità dei mobili, sarà in tale possesso molestato, potrà entro l'anno dall'infertagli molestia chiedere la manutenzione del possesso medesimo »; nè v'ha legge che dai diritti reali ivi accennati eccettui tali servitù, come si è fatto per la prescrizione.

Sembrava quindi, che quest'azione dovesse essere regolata esclusivamente dal detto articolo 445, tanto per le qualità, che per gli oggetti del possesso. E così io ho preso a sostenere fin dal 1848 (1). Tuttavia così non fu, e la giurisprudenza ritenne costantemente, come la giurisprudenza francese, che le qualità del possesso per l'azione di manutenzione dovevano essere necessariamente quelle stesse del possesso per la prescrizione, e che essa non era concessa per le servitù imprescrittibili, a meno che il possesso fosse confortato da un titolo. Quindi a riguardo del titolo insorsero anche in Piemonte, come si disse, le stesse altre questioni sorte in Francia.

E così è avvenuto sotto l'impero del codice italiano, non però per riguardo alle condizioni del possesso, sul che non può

---

(1) *Trattato delle azioni possessorie e della denunzia di nuova opera secondo il Codice civile*, num. 83, Torino 1848, tipografia Fontana.

più essere questione a fronte del disposto dagli articoli 694 e 2106, che richiedono tanto nell'uno quanto nell'altro caso un possesso *legittimo;* ma invece riguardo alla manutenzione nel possesso delle servitù imprescrittibili.

Le ragioni, che si adducono per giustificare questa tesi, non mi hanno mai potuto convincere, e convien ben dire, che esse abbiano qualche cosa di difettoso; giacchè le collezioni dei giudicati dimostrano, che la questione si riproduce continuamente avanti i tribunali. Io qui mi propongo di indicare quali siano, a mio avviso, questi difetti. A taluno parrà forse strano, che io pensi a combattere una tesi così costantemente applicata nella giurisprudenza; ma ciò che la giurisprudenza accetta è forse sempre, e tutta la verità? E deve essere sempre stazionaria? Ciò può essere comodo per i giudicanti, ma non ragionevole, non giusto. « Les principes avant tout, dice Laurent, c'est la « seule autorité, que nous reconnaissons », ed io ripeterò quindi queste sue parole a giustificazione dell'accusa, che mi venisse fatta. In Francia è pure costante la giurisprudenza, come dissi, in questo senso; e tuttavia, alcuni scrittori tennero per la tesi contraria, ed ancora recentemente il Wodon, presidente del tribunale di Namur, nella sua pregiata opera *Del possesso e delle azioni possessorie* (1).

Quindi prego i lettori ad ascoltarmi prima di condannare.

L'articolo 694 così dispone: « Chi trovandosi da oltre un anno nel possesso legittimo di un immobile o di *un diritto reale*, o di una universalità di mobili viene in tale possesso molestato, può entro l'anno dalla molestia chiedere la manutenzione nel possesso medesimo ». Esso, come si vede, ammette questa azione anche per i diritti reali senza limitazione alcuna; nè v'ha legge che la limiti ai diritti prescrittibili; chè anzi l'articolo 700 contempla anche le servitù discontinue, come oggetto delle azioni possessorie; giacchè dispone, che in tutte le questioni di possesso in materia di servitù, la pratica dell'anno antecedente, e, quando *si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno*, quella dell'ultimo godimento determina i diritti ed i doveri tanto di chi ne gode, quanto di chi le deve, e di ogni altro interessato; dunque, purchè il loro possesso sia legittimo, l'azione deve essere ammessa anche per le servitù non prescrittibili. E perchè dovrà essere altrimenti?

Si dice, che il possesso annale per la manutenzione è il primo anello del possesso trentennario per la prescrizione e che sarebbe un patente assurdo, che mentre questo ultimo possesso non può produrre cosa alcuna, potesse invece produrre qualche cosa il solo possesso annale; e ciò sarebbe vero qualora il possesso per la manutenzione avesse per oggetto di preparare

---

(1) *Traité théorique et pratique de la possession et des actions possessoires*, tom. II, n. 478 e seg. Bruxelles 1877, 2.ª ediz.

la prescrizione; ma ciò non è sostenibile, e nessuno lo sostiene; epperciò l'argomentazione non può avere alcun valore; giacchè, escluso questo supposto, non è per nulla assurdo, che un lungo possesso non possa produrre un effetto per un dato oggetto, e ne possa poi produrre un altro per un altro oggetto un possesso di breve durata, e tuttochè mancante anche di date qualità. Così, per non uscire dal nostro argomento, il possesso *vi, clam, precario*, purchè *non ab adversario*, poteva produrre *nel Diritto romano un diritto agli interdetti, tuttochè non potesse servire all'usucapione;* così pure nella nostra legislazione un possesso momentaneo qualunque, anche di una servitù discontinua, può servire di base all'azione di reintegrazione, tuttochè, anche trentennario, non possa giovare per la prescrizione.

La stessa giurisprudenza ammette, che quest'azione è concessa per alcune cose, che non possono essere acquistate per mezzo della prescrizione, quali sono le dotali, quelle dei minori, degli interdetti e simili; e quando essa ciò ammette, ed ammette di più, che anche nelle servitù, di cui si tratta, l'azione di manutenzione è concessa, se il possesso è confortato da un titolo, viene con ciò a dire, che la sua argomentazione non regge.

Essa suppone, che il possesso in queste servitù sia presumibilmente precario, e lo argomenta dall'articolo 630 che, a suo dire, le dichiara imprescrittibili appunto su questo fondamento. Dubito peraltro anzitutto di questo fondamento; dubito, se non altro, che questo sia il principale motivo di questa disposizione, e ne dubito perchè l'esperienza dimostra il contrario. Imperocchè, se talvolta il possesso è disgiunto dal diritto, il più delle volte però vi è unito, e di più, anche quando è disgiunto, è il più delle volte tenuto per conto proprio e *con intenzione* di esercitare un diritto, piuttosto che per effetto dell'altrui tolleranza; e ciò è consentaneo alla natura dell'uomo, più sollecito del suo interesse, che disposto a tollerare fatti, che coll'andar del tempo gli possano essere nocivi, o per lo meno dar pretesto a pretese a suo danno. E così infatti era nell'antica giurisprudenza, a segno che era ammessa la prescrizione anche in fatto di queste servitù. E ben lungi che il legislatore italiano abbia voluto ritenere il contrario contro la ragione e la esperienza del passato, egli ha invece confermata la regola antica della presunzione in contrario, dicendo all'articolo 687, che si presume sempre che ciascuno possieda per sè stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi, che abbia cominciato a possedere in nome altrui; e questa presunzione non solamente riguarda il possesso delle cose corporali, ma eziandio quello delle incorporali, e così anche delle servitù senza distinzione tra loro, come lo provano i due precedenti articoli 685 e 686 (1).

(1) Cass Roma, 7 agosto 1879 (*Racc.*, XXXII, 1, 1, 97).

Il motivo principale, per cui il codice italiano, al pari del codice albertino, ha esclusa la prescrizione in tali servitù, o per lo meno in una parte di esse, è probabilmente il desiderio di evitare lunghe e dispendiose liti, e di favorire ad un tempo le relazioni di buon vicinato; e non trovo nè nei motivi del codice francese, nè in quelli dell'albertino, quello principale della presunzione di precarietà (1); trovo anzi in questi ultimi alcune osservazioni in senso contrario. Ed infatti nell'occasione di questo codice ed in proposito dell'articolo 649, che mentre dichiarava imprescrittibili le servitù, di cui si tratta, ammetteva però la prescrizione trentennaria per quella di passaggio per il servizio di certi determinati fondi, così osservava il Senato di Piemonte: « L'articolo 649 contiene un'eccezione alla regola generale ivi sancita, secondo la quale le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, non possono stabilirsi altrimenti che per mezzo di apposito titolo. La *difficoltà della prova* del possesso immemoriale, che l'attuale giurisprudenza richiede per l'acquisto di tali servitù e la *frequenza delle liti*, che ne erano la perniciosa conseguenza, fecero opportunamente e saviamente adottare nel progetto di nuova legislazione il generale disposto del codice civile francese. Ma tutto il favore di questa salutare prescrizione cadrà nella massima parte cessando, se, come porta il progetto, vi s'innesta l'eccezione contenuta in detto primo alinea, perchè da questa sorgeranno ben tosto quei medesimi inconvenienti, a cui si volle riparare, massime nei luoghi di montagna e collina, e finirà tale perniciosa eccezione per sovvertire la regola stessa con *infinite vessazioni e litigi* dei particolari. Se si apre una tal via non mancheranno tratto tratto ed in pressochè tutti i casi consimili controversie di pretesti e di cavilli, per cui si vorrà contendere, essere il caso dell'eccezione e non della regola generale; donde arriverà, che il principio generale statuito nella prima parte dello stesso articolo rimarrà privo del principale suo scopo ed effetto ».

Ed il Senato di Genova soggiungeva allo stesso proposito: « L'uso del passaggio, che ha luogo ad intervalli, presenta or-

---

(1) Il consigliere di Stato BERLIER, oratore del Governo, nella sua esposizione dei motivi al Corpo legislativo sul progetto del codice civile e nella seduta del 19 febbraio 1804 riguardo alle servitù dall'art. 691 dichiarate imprescrittibili, si limitava a dire: « rien n'assure, rien ne peut même faire légalement présumer « que le propriétaire voisin ait une *suffisante connaissance* d'actes souvent forti « équivoques, et dont la preuve est dés-lors inadmissible ». E ALBISSON nella sua relazione al Tribunato (seduta 4 gennaio 1804) si limitava pure a dire, che il possesso di tale servitù « *ne se manifestant pas nécessairement* par des actes assez « suivis, assez fréquens pour faire supposer le *consentement*, même lors qu'il n'y « aurait pas eu de contradiction formelle, c'est avec raison, que le projet dé- « clare que telles servitudes ne peuvent s'etablir que par titre » (LOCRÉ, *Législation civile* ecc., tom. IV, pag. 182 e 189. Ediz. Bruxelles, 1836).

dinariamente una forma imbarazzante, incerta e dispendiosa; e lieve rimedio si è la limitazione, che incontrasi alla fine di questo alinea, che cioè sarà considerato il passaggio abusivo sempre che esista altro passaggio sufficientemente comodo. Si farà dunque una prima questione in simili cause intorno alla comodità dell'altro passaggio; vincendo in questa l'attore, succederà quella degli atti praticati di passo clandestino, della scienza e pazienza del convenuto, della contraddizione, del tempo del possesso; e quindi quelle molte prove testimoniali che vediamo ancora affastellarsi sopra di tali servitù, che si pretendono nel Genovesato acquistate per prescrizione sino dal 1803. È anche da osservarsi, che dopo il possesso, che non può far acquistare questa servitù, *si è introdotta tra i vicini una benevola tolleranza che fomenta la loro concordia*, mentre con riprodurre una siffatta prescrizione si riprodurrebbe con essa le *contese* e le *gare* che nascevano prima e di nuovo dal vedere altri mettere soltanto il piede sui beni propri ». E così pure pensò la Sezione di grazia e giustizia. « Le ragioni, disse essa, adottate dal Senato di Piemonte e di Genova parvero tali, da consigliare la soppressione del primo alinea di cui si tratta; poichè l'eccezione, che in esso si fa a favore della servitù di passaggio non abusivo, potrebbe essere *argomento di lite*, singolarmente per la difficoltà di verificare, se il passaggio avesse i caratteri voluti da questa legge; e ciò sopratutto nei paesi di montagna; e poichè il diritto di passaggio non merita maggior favore di ogni altra servitù discontinua, per esempio di quella di attinger acqua, non ammettendone l'acquisto mediante la prescrizione, si renderanno anzi più *tollerati i passaggi*, *mentre il proprietario non può più temere*, che un suo atto benevolo possa riuscirgli nocivo per sempre ».

Il Consiglio di Stato però mantenne quell'alinea sulla considerazione, che nei paesi montuosi, nei quali è necessario traversare dei fondi di molti altri proprietarii per accedere al proprio, questo rimarrebbe talvolta incolto, se per potervi accedere si dovesse acquistare una servitù di passaggio sui fondi intermedi (1). Da tutto ciò si raccoglie che non la presunzione

(1) *Motivi dei codici per gli Stati Sardi*, vol. I, pag. 586 e seg. Genova, tipografia della *Gazzetta dei Tribunali*, 1833.

Coloro che hanno avuta qualche pratica del foro, osservava pure Vincenzo Pastore, nel paese, ove era in vigore il diritto romano, il quale ammetteva la prescrizione delle servitù discontinue mediante il possesso immemoriale, sanno quale ginepraio di liti ne nasceva, prima della qualificazione di detto immemoriale possesso, quindi dalla difficoltà di provarlo, non meno che dalla sua natura, se fosse cioè *jure servitutis*, o non di semplice cortesia o tolleranza, se pubblico o clandestino, se continuo od interrotto; le quali liti assai frequenti rispetto alle servitù di attinger acqua, di pascolo privato e simili, erano poi frequentissime intorno alla servitù di passaggio, sopratutto nei fondi rustici. Applaudivasi perciò al disposto dell'art. 691 del codice civile francese (Cod. civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna con *Comm.* ecc., vol. IV, sull'articolo 649, p. 313).

di precarietà del possesso, ma l'interesse di evitare le liti, e di favorire le relazioni di buon vicinato sono, come si disse, i motivi principali che indussero il legislatore piemontese a dichiarare imprescrittibili le servitù, di cui si tratta; e se così non fosse stato, se la presunzione di precarietà fosse stato il vero motivo della legge, non avrebbe dovuto neppure essere ammessa l'eccezione della servitù di passaggio.

E così ha dovuto perciò essere nel codice italiano. Ed infatti la Commissione Senatoria nominata all'occasione della formazione di questo codice respingendo l'eccezione fatta dal codice Albertino riguardo alla servitù di passaggio per certi determinati fondi, che era stata riprodotta nel progetto del codice italiano, osservava per mezzo del suo relatore Deforesta il 29 giugno 1864, « che il generale principio proclamato nell'art. 630 era dettato da un grande interesse sociale e d'ordine pubblico, quello cioè d'impedire che le proprietà siano con troppa facilità sottoposte a vincoli che ne scemano la potenza produttrice ed il valore, e ne rendono mal sicure e meno facili le trasmissioni, e quindi non si devono fare eccezioni, salvo per motivi di maggiore o pari valore, determinati anche da qualche grande interesse sociale ».

Se non che, supponendo anche che il codice Albertino e così il codice italiano abbiano dichiarate imprescrittibili tali servitù sul supposto che gli atti relativi siano d'ordinario l'effetto della semplice altrui tolleranza, non consegue ancora, che nel giudizio di manutenzione si debba ritenere per regola la presunzione di tolleranza, e tale da non potere neppure essere ammessa la prova contraria se non per mezzo di un titolo. Ognun sa infatti, che la presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a certi atti, a certi fatti (art. 1850), e che per conseguenza i motivi, su cui si fonda una legge, non possono mai essere considerati come una presunzione legale; e così, dato che la manutenzione nel possesso annale sia fondata sopra una presunzione di proprietà, essa non costituisce punto perciò una presunzione legale della medesima. È evidente inoltre, che quand'anche il motivo della legge potesse costituire una presunzione legale, tuttavia essa non potrebbe essere estesa dal caso della prescrizione, a quello di manutenzione, quando anche vi fosse identità di ragione, perchè nell'art. 630 si tratta di una disposizione eccezionale restrittiva del diritto comune della prescrizione, e d'altronde questa identità non esiste neppure, non fosse altro, perchè nella prescrizione si tratta di un diritto irrevocabile; nella manutenzione invece si tratta di un diritto temporario, provvisorio e rivocabile in petitorio.

Ma, supposta ancora nel detto articolo non solamente una presunzione legale, ma eziandio una presunzione estensibile all'azione di manutenzione, se la presunzione legale ammette di regola la prova contraria e la giurisprudenza infatti l'ammette

per mezzo di un titolo, perchè mai non dovrà essere ammessa con altro mezzo legale? Si vorrà sostenere, che si tratta di presunzione, che non ammette prova, ossia, come dicevasi altre volte, di una presunzione *juris et de jure?* Il supposto sarebbe evidentemente infondato, e la giurisprudenza stessa lo esclude quando essa, ciò non ostante, ammette, come si disse, la prova per mezzo di un titolo.

In nessuna ipotesi adunque l'argomento tratto dall'art. 630 può reggere per escludere la manutenzione nel possesso annale delle servitù imprescrittibili, quando esso non sia confortato da un titolo.

Tanto meno si può ricorrere poi alla presunzione di libertà dei fondi. Questa presunzione proverebbe troppo, perchè proverebbe, che anche nelle servitù prescrittibili il possesso dovrebbe ritenersi indeclinabilmente a titolo di tolleranza.

Questa presunzione inoltre non è stabilita da alcuna legge, e l'esperienza dimostra anzi, che i fondi sono più o meno soggetti a servitù stabilite dalla legge o dall'uomo; e, se ben si considera, essa si riduce sostanzialmente a dire, che le servitù non si presumono, perchè esse sono una diminuzione del diritto di proprietà, e quindi un fatto, e chi allega un fatto, deve provarlo.

S'aggiunga, che noi non siamo in petitorio, ma in possessorio. Si comprende, come in petitorio, quando sia provata, o non sia contesa, la proprietà del fondo, su cui si pretende di esercitare una servitù, il proprietario dica al suo avversario: la vostra servitù è un fatto, e, come tale, non si presume; quindi provatelo. Si comprende ancora, come si possa sostenere, e da molti si sostenga con maggiore o minore fondamento, che quest'ultimo non sia dispensato dalla prova, tuttochè sia in possesso della stessa servitù e quindi abbia già un fatto per sè un argomento in suo favore; ma ciò non significa ancora, che questo possesso si debba considerare, come effetto della tolleranza altrui: esso può essere invece a titolo di proprietà, e tuttavia non bastare a dispensare in petitorio il possessorio dall'obbligazione di provare la servitù. Ed infatti coloro che sostengono che, sul supposto della presunzione della libertà dei fondi, il possesso di una servitù non dispensa dall'obbligo di provarla contro il proprietario del fondo, su cui si pretende, ritengono, che questa presunzione è così urgente, che non basta a combatterla quella che deriva dalla manutenzione del possesso annale della servitù. Ma non si può comprendere, come in possessorio, dove si fa astrazione del diritto, dove si ha di fronte il possesso per una parte, e la molestia per l'altra, e si tratta solo di vedere se questo possesso sia a titolo di servitù oppure di semplice tolleranza, la supposta presunzione di libertà possa far credere, che il possesso sia l'effetto della semplice altrui tolleranza; e ciò tanto più quando il codice, come si è testè veduto, ha stabilita nell'art. 687 la presunzione legale del

possesso a titolo di proprietà senza alcuna distinzione o limitazione fino a prova contraria. Chè anzi era massima nelle antiche provincie, che tale presunzione non poteva neppure bastare nel petitorio contro il possessore di questa servitù.

In queste provincie infatti tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costante ritenevano, che il semplice possesso di una servitù, per esempio, di passaggio, era tale argomento di servitù, che dispensava in petitorio dall'obbligo della prova della servitù stessa. E così nella sentenza del Senato di Piemonte del 24 aprile 1744, ref. Demorra in causa Negri contro Triulzi si legge: « Senatus, hac *iterum* revoluta juris quaestione, censuit, « quod etsi agens *negatoria*, probato dominio, attenta illa juris « praesumptione, rem suam liberam probasse videatur; unde « servitutis probatio sit exigenda ab eo qui *confessoria* nititur, « ita etiam auctorante hoc supremo ordine, non ita tamen sen- « tiendum sit, si *negatoriam actionem* proponens ad judicium « adversarium suum provocaverit, atque ivisse, jumentum vel « vehiculum duxisse fateatur; haec enim confessio sufficit ad « tollendam illam praesumptionem, quae facit, ut omnia pro « liberis habeantur; cum plaustrum ducere et jumenta agere « *jure servitutis* fieri soleat » (1).

Chè anzi, appunto perchè il possesso s'intendeva praticato a titolo di servitù, era ritenuto, che dovesse considerarsi tale, quand'anche il proprietario del fondo serviente, che aveva proposta la negatoria, ammettendo il possesso, avesse negato fosse a titolo di servitù. « Negatoriam actionem proponenti, ita demum « incumbit onus probandi, si fateatur adversarium esse in quasi « possessione servitutis, aut si de ea constet alia ratione; alioquin « cum unaquaeque res praesumatur libera, exigenda erit pro- « batio ab eo qui confessoria nititur... Quid ergo si negatoriam « exercens fateatur quidem adversarium ivisse, duxisse jumentum « vel vehiculum, aut quid aliud fecisse, quod fieri solat jure « servitutis, sed tamen dicat id factum *vi, aut clam, aut precario,* « *aut jure familiaritatis?* Exigetur omni modo probatio ab ac- « tore; quoniam hujusmodi confessio, licet scindi non possit, « *sufficit tamen ad tollendam illam praesumptionem juris*, quae « facit ut omnia pro liberis habeantur, saltem ad trasferendum « onus probandi in actorem » (2).

E tale era pure la dottrina che s'insegnava all'Università di Torino (3).

Se pertanto perfino nel giudizio petitorio, e *quando la proprietà era provata,* non bastava la così detta presunzione di libertà a far presumere il possesso a titolo di famigliarità, per-

---

(1) *Prat. leg.*, parte 2, tom. 10, pag. 533.

(2) FAB., *in Cod.*, lib. 3, tit. 24, def. 8. V. pure RICHERI, *Giurispr. univ.*, tom. 3, §§ 1207, 1208. BERTOLOTTI, *Istituz.*, tom. 4, pag. 420.

(3) TOBONI, *Elementa juris civilis*, lib. IV, tit. 6, § 1, *De actionibus realibus.*

fino quando il proprietario del fondo serviente ammettendo il possesso sosteneva, essere però stato praticato a questo titolo, e ciò perchè tali atti si sogliono praticare *jure servitutis*, come mai potrà valere la presunzione di libertà, quando questo possesso non ha neppure di fronte la proprietà, quando cioè si tratta solamente del possessorio, e quando di più la legge, come si disse, presume *sempre*, e fino a prova contraria, che ciascuno possegga a titolo di proprietà?

Oltre alla ragione giuridica la storia viene anche in soccorso della mia tesi. In occasione della formazione del codice di procedura civile francese la Cassazione aveva proposto fra gli altri il seguente articolo: « en matière de servitude urbaine, rurale, « l'action possessoire n'est recevable que lorsque la servitude « peut se prescrire »; e mentre questa proposta è stata respinta, essa è stata tuttavia accolta dalla giurisprudenza. I compilatori del codice Albertino non ignoravano al certo tuttociò, e, se essi avessero inteso di adottarla, l'avrebbero espressa, come fecero alcuni altri codici; ed invece si limitarono ad ammettere nell'art. 445, come nel 694 del codice italiano, l'azione di manutenzione nel possesso annale di un diritto reale senza distinzione o limitazione!

E non solamente non l'hanno espressa, ma essendo stata fatta analoga proposta, essa è stata formalmente respinta. Ed infatti, così si legge nel verbale dell'adunanza del Consiglio di Stato del 23 novembre 1836: « Il relatore osserva che intorno alla parola *diritti reali*, erano insorte questioni in Francia sull'articolo 23 del codice di procedura civile, dal quale il presente articolo (445) è desunto, muovendosi il dubbio se l'azione competesse anche per quei *diritti reali* che non potrebbero acquistarsi colla sola prescrizione, perchè richiedono un titolo, ovvero dovesse intendersi limitata a quei diritti che possono acquistarsi colla prescrizione, fu detto che competeva soltanto pei secondi, sembrando assurdo, che, quando la prescrizione stessa non fosse sufficiente per acquistare il diritto, il possesso d'un anno potesse darvi qualche ragione: per evitare eguale dubbio sul presente articolo propone di aggiungere dopo le parole *diritto reale* le seguenti: « *la cui proprietà si possa acquistare per via della prescrizione* ».

« Un membro, dice, che per esaminare se il diritto sia della natura di quelli che possono acquistarsi colla prescrizione, sarebbe necessario di entrare nel merito, e qui si tratta unicamente del possessorio. *Chi possiede attualmente deve essere mantenuto frattanto nel suo possesso*, salvo poi ad esaminare ulteriormente nel petitorio le rispettive ragioni. Il Guardasigilli aggiunge, che la disposizione dell'articolo non ha luogo che per il caso in cui il possesso abbia i caratteri ivi indicati, di essere cioè *pubblico, pacifico e non a titolo precario* ».

« L'articolo è adottato » (1).

(1) Cit. *Motivi dei codici*, p. 457.

Questo verbale prova all'evidenza che non si è voluto accogliere la proposta del relatore, e lo prova sia perchè l'articolo 445 è stato adottato senza l'aggiunta di questa proposta, sia per le ragioni addotte da un membro di quel Consiglio e dal Guardasigilli. A dir vero sarebbe stato desiderabile che si fossero addotti i motivi della differenza tra la prescrizione e la manutenzione nel possesso in fatto delle servitù di cui si tratta; ma non è però meno chiaro che non si volle adottare la massima della giurisprudenza francese: *non prescrittibile, dunque non manutenibile*, e le parole del Guardasigilli, per quanto mi sembra, rispondono alla ragione della supposta precarietà con dire, che esigendo l'articolo 445 un possesso pubblico, pacifico e non a titolo precario, è già abbastanza con ciò provvisto, mentre se questo possesso risulterà tenuto a questo titolo, l'azione non potrà essere ammessa. Si è veduto inoltre che la dottrina e la giurisprudenza vigenti a quel tempo nelle antiche provincie non consideravano di regola come precario il possesso delle servitù discontinue, neppure in petitorio di fronte ad un titolo di proprietà; a segno che bastava il possesso di questa servitù per esonerare il convenuto in azione negatoria dal peso della prova di servitù; si è veduto di più, che l'articolo 649 dello stesso codice Albertino non è fondato sulla presunzione di precarietà del possesso delle servitù dichiarate imprescrittibili; era quindi naturale che i compilatori del medesimo non supponessero qui il possesso di sua natura precario e quindi respingessero la proposta di quel relatore. Una maggior prova di ciò si ha nell'articolo 668 dello stesso codice, giacchè si vede da esso, che le servitù discontinue, e quindi imprescrittibili, possono essere oggetto dell'azione possessoria: ivi: « In tutte le questioni di possesso sommario la pratica dell'anno antecedente, ed, *ove si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno*, quella dell'ultimo godimento determina i diritti ed i doveri tanto di chi ne gode, quanto di chi le deve, e di ogni altro interessato ».

Le parole del Guardasigilli confermano ad un tempo ciò che è detto nello stesso articolo 445, cioè, che per la manutenzione, anche in fatto di servitù, basta il possesso pubblico, pacifico ed a titolo non precario. Quindi è manifesto, che secondo quel codice, checchè abbia ritenuto la giurisprudenza, non solamente le cose, oggetto della manutenzione, non sono identiche con quelle suscettive di essere acquistate per prescrizione, ma eziandio che le condizioni del medesimo sono diverse; imperocchè, mentre il detto articolo si limita a *richiedere* in essa le tre qualità or dette, l'articolo 2364 dispone invece, che per indurre la prescrizione è necessario un possesso « continuo e non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco ed a titolo di proprietà ».

Venne il codice italiano; esso ammise, come la giurisprudenza del codice albertino, che tanto per la manutenzione,

quanto per la prescrizione, si richiede un possesso legittimo (art. 694 e 2106), ma tacque della massima relativa alle servitù di cui si tratta, e si limitò a riprodurre in detto articolo 694, e quanto all'oggetto della manutenzione, le parole dell'articolo 445 del codice albertino: esso riprodusse di più coll'articolo 700 il disposto del suddetto articolo 688; e siccome il legislatore italiano non poteva ignorare a questo riguardo la massima seguìta dai nostri tribunali, quando avesse avuta intenzione di adottarla, l'avrebbe fatto come ha fatto dell'altra, e ne avrebbe avuto anche facile mezzo facendo all'articolo 694 l'aggiunta che il relatore del Consiglio di Stato suggerì, come sopra, per l'articolo 445 codice albertino, oppure modificando l'articolo 690 ed invece di limitarsi a dire: che il possesso delle cose, di cui non si può acquistare la *proprietà* non ha effetto giuridico, avrebbe potuto aggiungere dopo le parole *la proprietà* le seguenti: *colla prescrizione od altrimenti*; oppure anche aggiungere all'articolo 688, che dichiara gli atti meramente facoltativi, e quelli di semplice tolleranza incapaci di servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo, le seguenti: « così pure il possesso delle servitù di cui nell'articolo 630, se non è confortato dal titolo ». Nè si potrebbe supporre che egli abbia voluto in ciò riferirsi alla precedente giurisprudenza, perchè avrebbe avuto eguale motivo per l'altra massima, e tuttavia non l'ha fatto per essa e per adottarla dispose in modo espresso. D'altronde non poteva supporla naturalmente e necessariamente derivante da una presunzione di precarietà del possesso in tali servitù; giacchè, come si è veduto or ora nel codice albertino, nell'italiano il fondamento dell'imprescrittibilità di queste servitù non è la precarietà del possesso, e di più, supposto anche questo fondamento, esso non potrebbe mai costituire una presunzione legale in possessorio, e tale da escludere perfino il diritto della prova contraria.

A dir vero il Guardasigilli Pisanelli si mostrò di contrario avviso nella sua relazione sul progetto del codice di procedura civile presentato al Senato nella tornata del 29 novembre 1863; ecco infatti come si espresse a pag. 175: « Accade, che un dato genere di possesso si presuma precario dalla legge medesima. Così per le servitù discontinue, sebbene apparenti o continue, ma non apparenti, la legge ritiene che il possesso delle medesime non sia che di semplice tolleranza, e conseguentemente precario ed abusivo il loro modo d'esercizio. Tale possesso non potendo produrre col tempo l'acquisto di verun diritto, non può neppure servire di sostrato all'azione possessoria, che si fonda sulla presunzione del *diritto.* Ma per elidere la presunzione contraria della legge colla prova della verità, potrà ancora il possessore produrre il titolo, da cui risulti che egli possiede *animo sibi habendi*; il giudice dovrà quindi prenderne cognizione, ma non per decidere la questione di merito, non per occuparsi della sua validità, ma solo per istabilire che il

possesso fu realmente esercitato a titolo di proprietà. La giurisprudenza è ormai fissa su questo punto ». Ma primieramente le parole di quel ministro non possono servire di spiegazione ufficiale dell'articolo 694 del codice civile, che qui non c'entra. Diverso era qui l'ufficio del ministro, e le sue parole, colle quali unitamente alle altre, che le precedono e le susseguono, ha voluto fare un po' di teoria sulle azioni possessorie in occasione degli articoli 448 e seguenti del codice di procedura, non punto necessaria in molte parti per la loro spiegazione, non possono costituire che un'opinione privata di un giureconsulto, che per quanto illustre non può avere autorità, se non in quanto sia conforme alla legge; ed essa invece non è tale, come si può giudicare da quanto finora ho detto. Ed infatti ho di sopra avvertito come non sia credibile che il legislatore italiano si sia indotto a dichiarare imprescrittibili certe servitù, principalmente sul supposto che il possesso sia a titolo di famigliarità, quando l'esperienza e le precedenti legislazioni dimostrano il contrario, e quando l'articolo 687 stabilisce senza distinzione o limitazione di cose, che il possesso si presume *sempre* a titolo di proprietà fino a prova contraria. E come inoltre questa presunzione a titolo di famigliarità potrebbe sussistere nelle servitù continue non apparenti, per esempio in quelle di *altius non tollendi?* Prima di una causa giuridica, per esempio di una convenzione o di una opposizione, che impedisca al vicino di innalzare la sua fabbrica, se egli non innalza non fa che astenersi volontariamente dall'usare di una facoltà che è annessa al suo diritto di proprietà ed il suo vicino godendo di questo stato di cose non ha alcun possesso di servitù; il suo possesso non principia se non quando l'altro si astiene dall'innalzare in virtù della or detta causa giuridica; e quando in questo modo comincia il suo possesso, come mai si può dire che esso sia l'effetto dell'altrui tolleranza?

Abbiamo veduto inoltre che il fondamento della legge, ossia il supposto di un fatto, su cui essa si fonda, non costituisce mai una presunzione legale; che inoltre, data anche questa presunzione, essa non potrebbe mai estendersi ad altri casi, sia perchè si tratta di una disposizione restrittiva, sia perchè manca perfino la ragione di analogia; abbiamo veduto ancora che la manutenzione non ha per oggetto di preparare la prescrizione, e che infatti la si ammette anche per casi, in cui la prescrizione non può essere ammessa, e che perciò a nulla conchiude il dire, che il possesso annale di una servitù imprescrittibile non può servire di sostrato all'azione possessoria per ciò solo, che tale possesso non può produrre col tempo l'acquisto del diritto per mezzo della prescrizione. Quindi, se al dire del Pisanelli, l'azione di manutenzione si fonda sulla presunzione di un diritto, è questo anzi un motivo di più per far luogo alla manutenzione anche per il possesso annuale di queste servitù; giacchè un loro possesso annuale legittimo deve per lo stesso

motivo contenere una presunzione del diritto di servitù; e se essa non si può acquistare per mezzo della prescrizione, si può però acquistare altrimenti. Ho avvertito ancora che, data anche questa prescrizione, e dato che essa potesse estendersi anche alla manutenzione, tuttavia dovrebbe sempre essere ammessa la prova contraria, e che, una volta ciò ammesso, questa prova non dovrebbe limitarsi al titolo, e che in questo la giurisprudenza non è punto logica. Se quindi, ciò malgrado, quel giureconsulto disse che non può servire di sostrato per la manutenzione il possesso, che non può produrre col tempo l'acquisto di verun diritto, egli, mi si permetta di dirlo, non fece altro che pagare un tributo, e fuor di luogo ad una comune opinione, che non ha sufficiente fondamento. Ho esposto il mio modo di vedere. Se questa mia opinione è fondata e venisse adottata si eviterebbero molte questioni, che in seguito alla massima contraria si dibattono tuttodì avanti i tribunali. Se sono nell'errore sarò grato a chi m'illuminerà.

Avv. V. Luparia.

APPENDICE XVI.

Dell'aggravamento della servitù legale di scolo delle acque dal fondo superiore all'inferiore, nell'interesse dell'agricoltura o dell'industria.

Questo argomento di singolare importanza pel nostro paese, eminentemente agricolo, non è stato sin qui, per quanto io mi sappia, trattato con quell'ampiezza che meritava, anzi oserei dire che la questione nemmeno fu posta nei termini, in cui mi pare si debba porre per avviarsi a risolverla in modo soddisfacente, ossia conforme ai dettami della scienza e alle esigenze della pratica, e ai principii del giure siccome appariscono codificati non tanto dalla lettera quanto dallo spirito dell'articolo 536 cod. civ., e dal sistema di questa nuova legislazione, tenendo conto altresì delle consuetudini agrarie, le quali nell'ardua e complicata materia delle acque debbono spesso sopperire ai difetti delle leggi e dei regolamenti. Di fatti un sommo giureconsulto romano avvertiva (Leg. ult., Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae*): « Scaevola respondit, solere eos, qui juri « dicendo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem ve- « tustas daret, tametsi jus non probaretur ». V. Leg. 1, cod., § 23:

dove oltre della *vetustas* si parla dell'*usus*. Non intendo fare una monografia; chè a tal uopo si richiederebbero ingegno, dottrina e tempo, che a me fanno difetto, ma solo riassumere gli sparsi studii e gli accenni anche fugaci e indiretti che si riferiscono al tema, tenendo conto non meno della interpretazione dei commentatori che dei pronunciati della giurisprudenza. Mi varrò eziandio e principalmente di una difesa che *more suo* fu fatta dottissima dall'insigne giurista avvocato Oreste Regnoli in una causa tra la *Congregazione consorziale del 2.° circondario Scoli di Ferrara* e il *Comune di Comacchio,* agitata avanti la Corte d'appello di Bologna sotto la mia presidenza. E quantunque la questione fosse a un dipresso posta come la poniamo noi per titolo di questo scritto, pure non fu risoluta, perchè la Corte non ravvisò la causa abbastanza istrutta, e dovette ordinare perizia per determinare se e quale aggravamento di servitù vi fosse, se si fosse verificato danno e quale, e di quale entità fosse il miglioramento propostosi dal proprietario del fondo superiore colla variazione dello scolo delle acque.

Trattavasi di una di quelle grandiose opere di miglioramento compiuta dal Consorzio ferrarese denominato *Secondo circondario Scoli* che ricinge tutto intorno per ben 50 chilometri la laguna e le valli di Comacchio, ove i fondi compresi in detto circondario hanno il loro naturale deflusso formante come un bacino di scolo. Gli abitanti di Comacchio da tempo immemorabile seppero trar profitto dalla commistione che ne derivava delle acque dolci colle salse della loro laguna, stabilendovi una pesca, che se non l'unico, è certamente il principalissimo e vitale cespite di rendita di quella industre popolazione.

Quindi si vede sin dall'origine la coltivazione de' campi posta di fronte all'industria della pesca, e la necessità di proteggerle entrambe con un ben inteso equilibrio, affinchè il prosperamento dell'una non tornasse a pregiudizio dell'altra.

Ed ecco come per impedire da una parte che le acque lagunari irrompessero dal mare in tempesta in que' circostanti e colti terreni, e dall'altra che le acque dolci nelle grandi pioggie e piene si versassero troppo rapide e grosse nelle valli con danno della pesca, si costruì *ab antiquo,* a difesa di queste, un grande argine (1) denominato *circondario,* la cui manutenzione riparazione e spesa furono poste per una metà a carico dei proprietari dei terreni ossia del vasto consorzio del Polesine di San Giorgio, e l'altra metà dell'amministrazione delle valli già

---

(1) Nel § 2 della citata legge *De aqua et aquae pluviae arcendae*, pare previsto anche il flusso o rigurgito della lugana, impedito da argini (*aggeres*) a danno dei campi contermini: « Neratius scribit: opus, quod quis fecerit, ut aquam exclu- « deret, quae exundante palude in agrum ejus refluere solet, si ea palus aqua « pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae plu- « viae actione cogetur tollere ».

dello Stato, ed ora del Comune di Comacchio per cessione fattagliene sin dal 1868. Questo riparto di oneri fu definitivamente stabilito da una regiudicata della Corte d'appello di Bologna tra le stesse parti in data del 15 luglio 1881.

Affinchè poi l'argine stesso (giova riferire in brevi ma precisi termini la storia di questa grandiosa operazione, la quale, tuttochè forse unica nel suo genere, può servire di norma ad altre consimili nella difficile materia dello scolo delle acque per bonifiche) non precludesse a quei fondi soprastanti e circondanti la laguna quel naturale scolo delle acque nelle valli, così necessario non che al loro miglioramento, a una coltura qualunque, furono aperte nel territorio del Consorzio e sotto vari punti dello stesso argine chiaviche adatte all'uopo, che attraversandolo dessero sfogo alle acque prima raccolte in fossi o canali di scolo riuscenti alla bocca di esse chiaviche; ed in pari tempo al di là dell'argine, per entro la laguna, si formava dall'amministrazione delle valli corrispondenti e lunghe *canalette*, le quali anche quando la pendenza fosse minima, valessero ad impedire una soverchia celerità nel corso delle acque dolci versantisi nelle salse, e preparassero più lenta e graduale la mistura tra queste e quelle, a salvezza ed a maggiore utilità della pesca.

Due di quelle chiaviche essendo ridotte (forse per trascuranza della Congregazione consorziale) in tale stato da dover essere, anzichè riparate, rifatte a nuovo, l'ufficio tecnico procedendo a tale ricostruzione credette di ridurre a due luci od archi la chiavica che ne avea quattro, e ad una quella che ne avea due. A siffatta innovazione si oppose vivamente il Comune di Comacchio, temendo ne potesse derivare danno alla pesca, in quanto che (dicevano) per le luci ridotte di numero e allargate dovendo necessariamente passare una maggior quantità d'acqua con corso più veloce per diminuito ritegno, ne sarebbe seguìto maggior *richiamo del pesce*, e conseguentemente un danno non lieve alla pesca.

Gl'ingegneri del Consorzio a giustificazione del loro operato sostenevano che a traverso le nuove luci non poteva passare se non la stessa quantità d'acqua che passava prima, e che passava sempre, rimanendo cioè inalterato il naturale scolo dei terreni del Consorzio; che non vi era a temere maggior velocità nel corso delle acque dolci perchè non solo il pendìo dei terreni e delle canalette era ed è quasi insensibile, ma lungo i tre chilometri e mezzo che l'acqua percorreva entro le canalette prima di espandersi nella laguna, non poteva non ispegnersi qualsiasi già di per sè lievissima velocità di quel corso.

Il Comune non accettando tale dimostrazione, volle portare la quistione avanti all'Autorità amministrativa; e il prefetto (sarà utile dare sommaria informazione anche di questa procedura speciale) consultato l'ufficio del Genio civile, e l'ingegnere

capo di esso, pronunciandosi da prima in senso favorevole al Comune sulla quistione di diritto, che *teoricamente* non sarebbesi potuto aggravare la servitù di scolo, acceduto poscia sopra luogo e accertato lo stato delle cose con sua nota 20 febbraio 1868 in risposta alla prefettizia interpellanza, dichiarava che era veramente necessario ricostruire le due chiaviche; ma tosto soggiungeva: « Siccome la Congregazione del secondo circondario molto avvedutamente vuole, rinnovare le paratoie ed applicarvi meccanismi che ne rendano più facili i movimenti, così *trovo assai conveniente* che le luci emissarie da sei riducansi a tre, e che dovendosi fare spese di qualche rilievo incomincisi dall'erigere dai fondamenti fabbriche solide e adatte al fine al quale avranno a servire ». E rammentato che in astratto e teoricamente era stato favorevole al Comune, riconobbe che « la controversia doveva portarsi sul suo vero terreno, cioè su quello della realtà », e concluse in senso apertamente favorevole al Consorzio, « che le fosse Sabbiosola e Benvignante essendo frequentemente costrette a rimanersene per lungo tempo chiuse, in causa della prevalenza nelle acque del Mezzano, ben di rado avviene che la corrente delle due fosse possa disturbare la pesca. L'acqua poi raccolta nelle fosse, dopo la sua uscita dalle chiaviche emissarie, prima di giungere al pelago di Valle Mezzano, deve percorrere circa tre chilometri e mezzo di canaletta interna, con pendenza quasi nulla; con che perderebbe quel qualunque aumento di velocità che avesse acquistato per la maggiore portata elementare ». Laonde venne a questa conclusione: « Per lo che concludo francamente, credere io che *in realtà niun danno possa venire allo Stabilimento Vallivo di Comacchio,* qualora acconsentasi alla Congregazione del 2.° Circondario di assegnare alle tre nuove luci *la complessiva proposta larghezza di metri* 12, pur mantenendo teoricamente un favorevole giudizio per Comacchio ».

Il prefetto non pago di questo parere di un perito, che invadeva il campo non uso delle astrazioni e del diritto, e nel campo della realtà non preparava la risoluzione della vera questione, che volgeva più nel fatto che nel diritto, o come sempre anche in tal caso doveva questo sorger da quello, sentì la necessità d'interpellare il Ministero e il Consiglio superiore dei lavori pubblici; il quale dopo maturo esame delle perizie e delle ragioni addotte dalle due parti, diè parere pienamente favorevole al Consorzio. « Considerando (disse nella sua tornata del 30 marzo 1868 quel superiore consesso) che le valli di Comacchio sono il naturale recipiente degli scoli del Polesine di S. Giorgio, e che *gl'interessi della pesca esercitata in esse valli non potrebbero mai ritenersi prevalenti a quelli dello scolo dei terreni del suddetto circondario;*

« Considerando che, ammesso siffatto principio, il proprietario delle valli non potrebbe opporsi a che il Consorzio del Polesine di S. Giorgio faccia tutte quelle opere che senza alterare sotto

i rapporti agricoli le condizioni idrometriche delle valli, possono migliorare lo scolo dei suoi terreni;

« Considerando che le modificazioni alle luci delle chiaviche emissarie « non potranno variare la quantità complessiva e totale delle acque che dalle due fosse in discorso defluiranno nella valle Mezzano sinchè non siano aggregati altri terreni ai comprensorii tributari delle fosse medesime », del qual caso non occorre occuparsi, dappoichè lo stesso ingegnere del consorzio nel suo scritto, del 2 gennaio 1868, dichiara che il consorzio non ebbe mai questa idea ed ammette che una tale aggregazione non potrebbesi fare senza l'assenso del proprietario delle valli;

« Considerando dunque che la quistione si riduce ai seguenti termini, cioè se le proposte modificazioni nelle luci delle chiaviche « portino o no alterazione alle condizioni del deflusso delle acque nelle fosse, se da questa alterazione ne possa venir danno all'industria della pesca nelle valli, e se ammesso questo danno possa il proprietario della valle opporsi ai lavori progettati dal Consorzio del Polesine di S. Giorgio »;

« Considerando che il progettato ampliamento delle luci delle due chiaviche « non potrebbe portare sensibile variazione nel « moto delle acque lungo le canalette che le traducono alla « valle Mezzano »;

« Considerando che quand'anche si volesse ammettere come conseguenza del suddetto ampliamento un qualche acceleramento nel moto delle acque, immediatamente al disotto delle chiaviche, questo acceleramento non potrebbe a meno di scomparire o rendersi tutto affatto insensibile a capo del percorso delle canalette di una lunghezza di circa tre chilometri e mezzo e di pendenza quasi nulla;

« Considerando che in causa della prevalenza dell'acqua del Mezzano le fosse Sabbiosola e Benvignante sono costrette a rimanere frequentemente e per lungo tempo chiuse, laonde il preteso danno si verificherebbe ben di rado;

« Considerando che anche nello stato attuale di cose l'acqua corre nelle due canalette, e il pesce è chiamato a rimontarla; per cui se dal proposto aumento di luci potesse derivarne il temuto danno, questo non sarebbe che un danno differenziale dipendente dal supposto aumento di velocità nel corso delle acque al termine delle canalette;

« Considerando che astrazion fatta dall'allegato e contestato bisogno di ricostruire le due chiaviche, i lavori fatti e quelli che vorrebbero farsi dal Consorzio « sono fra i Comuni, consueti ed adattati che l'arte e la pratica può suggerire nello scopo di migliorare per quanto è possibile lo scolo già troppo infelice di quei terreni »;

« Considerando che a questo supremo bisogno dell'agricoltura male potrebbe contrapporsi un supposto danno all'industria della pesca nelle valli, tanto più che, quando anche si volesse

ammettere la possibilità di questo danno, ad ogni modo esso non sarebbe che eventuale, intermittente e di misura difficilmente apprezzabile, ma sempre però di poca importanza. È di voto: « Che non vi sia fondata ragione per vietare al Consorzio « del 2.° Circondario Polesine di S. Giorgio la ricostruzione delle « due chiaviche rappresentate negli esibiti disegni ». E il prefetto di Ferrara, udite nuovamente le osservazioni delle due parti, emetteva decreto il 21 agosto 1869 col quale, riassunte e adottate le ragioni svolte nel parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, omologava il progetto dell'ingegnere Piccoli per la costruzione delle due chiaviche.

Dava mano il Consorzio alla contrastata costruzione delle due chiaviche, ed era già il lavoro a buon punto, quando il Comune lo conveniva avanti il pretore, il quale accogliendone in parte la domanda con sentenza del 30 agosto 1870: « Sospesa la de« cisione del merito principale della controversia, in via di « provvedimento temporaneo permetteva la continuazione del« l'opera verso cauzione di L. 100,000 ». Dopo altre pronuncie in appello e in cassazione, delle quali non importa dare contezza, alla perfine, quando nel frattempo i lavori erano già compiuti, il merito della causa fu proposto avanti il tribunale civile di Ferrara, il quale con sentenza del 23 giugno 1881, rigettava l'eccezione di incompetenza, e la domanda del Comune diretta a far dichiarare illegittima ed arbitraria l'opera delle rinnovate chiaviche, già denunciata al pretore, pei seguenti principali motivi: che le due chiaviche sono costrutte nel territorio del Consorzio; che per principio generale ogni proprietario ha diritto di migliorare il proprio fondo senz'altro limite da quello in fuori di non recar pregiudizio ai diritti degli altri; che quindi aveva potuto il Consorzio ampliare l'altezza e larghezza delle luci delle due chiaviche, senza aggravarne la servitù a cui andavano soggette le valli di Comacchio; che la disamina fatta dei documenti e specialmente dei pareri degli uffici del genio civile e del Consiglio superiore dei lavori pubblici escludeva che la costruzione delle due chiaviche, nel modo sopra accennato, arrecasse danno al Comune; che ciò era confermato dall'esperienza di oltre dieci anni, durante i quali il Comune non aveva potuto dimostrare verificato alcuno dei danni temuti; e che non era da dar peso all'asserzione di lui che il Consorzio avrebbe potuto acquistare altri fondi e così accrescere lo scolo nella laguna, perchè di questa mera possibilità non accadeva tener conto, e ove il fatto si avverasse avrebbe allora potuto il Comune fare le opportune opposizioni.

Sull'appello del Comune fu dalla Corte di Bologna pronunciata la sentenza interlocutoria più sopra mentovata; e accenniamo innanzi tutto che non vi fu più mestieri occuparsi della eccezione d'incompetenza, perchè dalla difesa del Consorzio fu ritirata, vedendo come ormai la Corte regolatrice di Roma abbia posto con reiterate sentenze fuori di questione la competenza

dell'autorità giudiziaria a risolvere simili controversie, sempre chè involgano lesione di diritti civili, da non confondersi colle attribuzioni riserbate esclusivamente all'autorità amministrativa. E basti citare la più recente sentenza della stessa Corte suprema, del 20 maggio 1881, nella causa della medesima Congregazione del secondo Circondario contro Hebert; dovendo il dubbio, quando pur vi fosse, e grave, risolversi sempre a favore della giurisdizione ordinaria, secondo il gius comune, dacchè la prevalenza o insindacabilità degli atti dell'autorità amministrativa debba sempre risultare da un testo espresso di legge, la quale come restrittiva del libero esercizio dei diritti e formante eccezione ad altre leggi e regole generali (art. 4 del titolo preliminare al codice civile) non ammette estensione di sorta. La tendenza della dottrina, della legislazione e della giurisprudenza si fa sempre più diretta a ridurre ogni questione sotto le regole del diritto comune, conciliando il privato col pubblico bene, anzichè fare assorbire quello da questo, come troppo spesso pretenderebbe l'autorità amministrativa con decreti appositamente foggiati or su ragioni tecniche, or su considerazioni di generale interesse, or sulla necessità dei pubblici servigi per sottrarsi alla responsabilità a cui naturalmente va soggetto chiunque per via diretta od indiretta cagiona lesione ai diritti quesiti, sia dei cittadini, sia degli stranieri, generosamente fra noi equiparati nell'esercizio di ogni diritto civile.

Venendo al merito, e movendo da un principio più alto e comprensivo, che ove si dimostri conforme a giustizia, ossia al diritto già costituito, può condurre alla risoluzione, non che di quella tutta speciale vertita avanti la Corte d'appello di Bologna, delle varie e molteplici controversie di simil genere, ecco come si può proporre la questione nei suoi termini più generali. Il proprietario, quale che egli siasi, e di qualsiasi fondo superiore ha il diritto di eseguirvi opere e lavori che valgano a migliorarne la condizione, nonostante la servitù di scolo, ossia quand'anche ne segua un aggravamento della servitù stessa nei fondi inferiori? O con la formola precisa: Può definirsi mai l'opera di naturale miglioramento di un predio quale vietato aggravamento di servitù?

Per cominciar bene (*ab Jove principium*), la sapienza del gius romano nel titolo *de aqua et aquae pluviae arcendae* ebbe già a dichiarare, in massima, non essere lecito allo avente diritto alla servitù di scolo, di renderla più gravosa, *ne vicini deteriorem conditionem faciat:* massima che nel suo giusto concetto e nella forma precisa passò prima nel codice Napoleone e poi nel codice civile italiano, art. 536, ultimo capoverso: « Il proprietario del fondo superiore non può fare alcuna cosa che renda più gravosa la servitù del fondo inferiore ». Senonchè, per ovviare ai pericoli della soverchia generalità del principio, non potendo essere il diritto una scienza astratta, ma sibbene una continua *concretazione*, un *divenire* continuo, secondo ciò

che si viene verificando nella esplicazione dei rapporti e nella lotta degl'interessi, si comprende agevolmente come i sommi giureconsulti, con quell'acume onde intuivano i *casi ancor non nati* e le inevitabili controversie, con quel tatto pratico e sicuro, con quella opportuna norma d'equità per cui andavano sopra tutto e sopra tutti segnalati, seppero sempre collocare accanto alla regola la sua eccezione, od almeno la foggiarono in guisa da contenere in sè un germe modificativo, esplicativo, progressivo. Quindi alla summentovata massima soggiunsero tosto che se l'opera del fondo superiore fu diretta alla coltura del fondo per conseguirne notevole miglioramento, il proprietario inferiore, tutto che ne risentisse incomodo, non avesse azione per impedirlo. « De eo opere quod *agri colendi causa* « aratro factum sit Quintus Mucius ait, non competere hanc ac- « tionem ». Come riferisce Ulpiano nella L. 1, Dig. *de aqua et aquae pluviae*, § 3. E nel § 5: « Ofelius ait, sulcos agri colendi « causa directos ita ut in unam pergant partem, jus esse fa- « cere ». Ma nel § 1 erasi, esemplificando, spiegato chiaramente ogni specie di opera artefatta, che si voleva inibita, quando fosse conducevole ad aggravare comechessia la naturale servitù di scolo: « Haec autem actio locum habet in damno non- « dum facto; opere tamen jam facto: hoc est, de eo opere, ex « quo damnum timetur » (se bastava allora a promuovere l'azione il fondato timore di un danno, oggi molto più questa compete a far rimuovere la nuova opera e a riparare il danno già verificato): « totiensque locum habet, quotiens manufacto opere « agro aqua nocitura est; id est, cum quis manufecerit quo « aliter flueret, quam natura soleat » (diversione dal suo scolo naturale secondo la positura dei luoghi): « si forte immittendo « eam, aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementio- « rem » (è il caso lamentato dal municipio di Comacchio, dacchè il far uscire l'acqua da sole tre bocche, invece di cinque, ne aumenta l'uscita per *immissione*, e la velocità e l'impeto), « aut « si comprimendo redundare effecerit »; ribadendo in conclusione il principio: « quod si natura acqua noceret, ea actione « non continetur ».

Bisogna poi distinguere i fossi dai solchi (*fossas a sulcis*) e se furono fatti allo scopo di prosciugare il terreno, ovvero ad altri fini, o di coltura diversa, o di industria, o di semplice ornato. I solchi sono una necessità di ogni bene intesa coltivazione agraria: ma il farli in un modo piuttosto che in un altro può importare una diversità di scolo e l'aggravamento della corrispondente servitù. A cagion d'esempio, se la solcatura del campo superiore è fatta attraverso il medesimo, come appunto porta la buona consuetudine, per impedire la soverchia affluenza delle acque in un punto e conseguentemente il loro impeto nello scarico al fondo inferiore, non sarà lecito il variarne tale sistema nell'altro ben diverso di raccogliere le acque in uno o più fossi, e molto meno di volgerli direttamente a perpendicolo

nel terreno sottoposto, imperocchè sia evidente come tale novità porterebbe aggravamento della naturale servitù di scolo con danno dei fondi inferiori. Nella citata legge si trova tale distinzione ai §§ 4 e 5, e giova riferirne le testuali parole: « Sed et fossas agrorum siccandorum causa factas, Mucius ait « fundi colendi causa fieri: *sic enim debere quem meliorem « agrum suum facere, ne vicini deteriorem faciat.* Sed et si « quis arare, et serere possit etiam sine sulcis aquariis, teneri « eum, si quid ex his, licet agri colendi causa, videatur fecisse: « quod si aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, « non teneri. Ofilius autem ait, agri colendi causa directos ita, « ut in unam pergant partem, jus esse facere ». E con tale responso concorda quello di Alfeno nella L. 23 dello stesso titolo: « Vicinus loci superiorem pratum ita arabat, ut per sulcos « itemque *porcas* (spazio di terre tra solco e solco) aqua ad « inferiorem veniret. Quaesitum est, an per arbitrum aquae « pluviae arcendae possit cogi, ut in alteram partem araret, ne « sulci in eum agrum spectarent? Respondit, non posse eum « facere, quominus agrum vicinus, quomadmodum vellet araret ». Ma se il vicino facesse *sulcos transversos aquarios,* cioè diretti a scaricar l'acqua in un punto più diretto e nocevole al fondo non sottoposto, ma limitrofo, può essere costretto a ricoprirlo. E con maggior vigore poi nel § 2 di detta legge si vedono trattate le fosse che si vuole siano colmate ogniqualvolta *aqua pluvia* per mezzo di quelle *posset nocere.*

Mentre l'art. 537 codice civile parla della *variazione del corso delle acque,* dal successivo art. 567 si desume l'essere il fosso ordinariamente destinato allo scolo delle acque, segnatamente se collocato tra il confine di terre di proprietari diversi. Sinchè le acque volgono il loro corso per entro i solchi o fossi secondo la consuetudine agraria, si può dire che *scolano naturalmente*; non così quando si cangino in acquedotti o canali, essendo per questi necessario il *concorso dell'opera dell'uomo* (art. 536 prima parte).

Tornando ora alla interpretazione di questo articolo, vuolsi innanzi tutto avvertire che sì in Francia come in Italia la tendenza dei commentatori si va pronunciando nel senso di non ritenere aggravamento di servitù del fondo inferiore ogniqualvolta si tratti di opera che senza recare grave danno a questo venga a dare grande sviluppo ed incremento all'agricoltura o all'industria, dovendo e l'una e l'altra essere favorite nell'interesse generale della società, il quale merita in questa materia d'essere anteposto sotto certi limiti e temperamenti all'interesse privato, troppo spesso egoistico, esclusivo e diretto non tanto *ad utilitatem prohibentis* quanto *ad aemulationem.*

Abbiamo già accennata la dottrina del diritto romano, la quale dai sostenitori di questa tesi si vuol desunta dai seguenti passi della già citata legge del Digesto *de aqua et aquae pluviae arcendae,* e segnatamente dal § 7 così concepito: « Labeo

« etiam scribit, ea quaecumque frugum, fructuumque recipien-
« dorum causa fiunt, *extra hanc esse causam*, neque referere,
« quorum fructuum percipiendorum causa *id opus fiat* »; come pure dai §§ 14, 15 e 23 là dove dopo avere raffermato il principio: « hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a
« superiore, nam ut verius quis dicerit, *non aqua sed loci na-*
« *tura nocet* », viene alla conclusione: « In summa puto ita
« demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua
« pluvia noceat non naturaliter, sed opere facto, *nisi agri co-*
« *lendi causa id factum sit* ». Senonchè tali proposizioni vogliono esser prese nel loro contesto e contemperate con le altre, in quanto che essendo staccate da opere varie e ispirate a diversi sistemi o scuole, nella loro indole frammentaria non sempre rendono un compiuto concetto, e molto meno una dottrina sempre coerente ed esente da ogni contraddizione o antinomia.

Fra noi il compianto Pacifici-Mazzoni, educato alla classica scuola di diritto romano in Roma, toccando questa questione nel suo *Trattato delle servitù legali* sotto il n. 25 in relazione all'articolo 536 del codice civile, e approvando la disposizione dell'ultimo capoverso inspirata alla protezione dovuta al diritto di proprietà in forza del quale la condizione del proprietario del fondo servente non dovrebbe in nessun caso essere mai peggiorata, prosegue: « non si esageri però l'obbligo che ha il proprietario del fondo superiore di non aggravare questa servitù, sino al punto di rendergli impossibile qualunque opera che sia necessaria per la coltura del suo fondo, « ove non sia eseguibile senza qualche aggravamento della servitù di scolo ». Egli è dovere di conciliare il rispetto alla proprietà altrui coll'esercizio della propria. Se per troppo favorire l'una, restringiamo soverchiamente l'altra, cadremo in un eccesso non meno ingiusto di quello che è nello smodato esercizio della propria con danno dell'altrui. Poi l'agricoltura oltre esser *d'interesse generale* e perciò da favorirsi con benigna interpretazione, « è ancora lo stato a cui la natura ha destinato i fondi; e i lavori che richiede sono d'ordinario una necessità della situazione dei luoghi ». In conseguenza non immeritatamente può dirsi che l'aggravamento inevitabile che ne segue, deve in certa guisa considerarsi come un *modo* naturale della servitù. Quindi all'unisono si è potuto scrivere da Labeone che: « Ea quae-
« cumque frugum, fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra
« hanc esse causam, neque referre, quorum fructuum perci-
« piendorum causa id opus fiat »; da Sabino e Cassio che:
« Opus manufactum in hanc actionem venire: nisi quid agri
« colendi causa fiat ». Queste regole sono applicabili eziandio quando il proprietario del fondo superiore voglia fare *delle costruzioni nel suo fondo*, non ostante che ne risulti accresciuto il volume dell'acqua che scola verso il fondo inferiore, in quanto che la terra non ne assorbe più, semprechè non ne venga al

fondo inferiore un pregiudizio grave tanto da meritare l'apprezzamento del giudice ».

Questo temperamento del rigido diritto già aveva seguaci autorevoli in Francia, quali il Duranton, t. V, n. 165, il Daviel, *Corso delle acque*, t. III, n. 58; e dopo il Ducaurroy, e il Demante, t. II, n. 490, reiteratamente il Demolombe, t. VII, n. 14, e t. XI, n. 42, ove nota che il proprietario inferiore non può impedire que' lavori tranne « che se per essi sia mutata la « direzione naturale delle acque o sia trasportata la servitù su « fondi che non vi sarebbero soggetti ». E il tanto celebrato Laurent che in questa questione si trova d'accordo, *quod raro accidit,* col Demolombe che egli suole combattere, e coi giureconsulti romani, che ha il torto di credere (oltre il bisogno e in contraddizione col suo sistema, che vuol tutta la giurisprudenza richiamata al rigore dei principii e sottratta all'arbitrio delle ingegnose interpretazioni) quasi esautorati o *antiquati,* così ragiona con stringente logica nel n. 370, t. VII dei suoi *Principes de droit civil:*

« Le propriétaire supérieur peut-il faire des travaux de cul« ture, s'il en résulte une aggravation de la servitude au pré« judice du fonds inférieur? Si l'on s'en tenait au texte de l'ar« ticle 640 on ne pourrait pas même poser la question, car il « prohibe toute aggravation de la servitude résultant des faits « du propriétaire supérieur. Mais on ne peut pas séparer la loi « de la tradition à laquelle elle se rattache. La servitude con« sacrée par le Code civil vient du droit romain, et certes le « législateur français n'a pas entendu se montrer plus rigou« reux que les jurisconsultes de Rome, qui d'habitude donnent « tant à la rigueur des principes. Eh bien, dans la matière qui « nous occupe, ils consultent avant tout l'équité (1), et en cela « encore ils font preuve de ce sens exquis qui les distingue. « C'est la nature qui impose la charge au propriétaire inférieur, « mais elle n'oublie pas le propriétaire supérieur; si elle s'oppose « à ce que le propriétaire supérieur aggrave, sans utilité pour « lui, la charge du propriétaire inférieur, elle ne veut pas non « plus qu'il soit empêché de cultiver son fonds et d'améliorer « la culture; or, c'est à cela que l'on aboutirait si l'on appliquait « à la lettre la disposition qui lui défend de rien faire qui ag« grave la servitude du fonds inférieur. Les jurisconsultes ro« mains se sont bien gardés de ces abberrations; ils permettent « au propriétaire supérieur de tracer des sillons qui, en pro-

(1) Che dire di quegli egregi giuristi che hanno creduto poter combattere la mia dottrina sull'*equità* come fonte d'interpretazione delle leggi oscure o incomplete, anche coll'autorità del LAURENT? Nei casi dubbi (art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile) non v'è che l'equità che per via di analogia e della scorta dei principii generali di diritto possa sopperire al difetto della legge e portare alla decisione di una controversia, la quale altrimenti rimarrebbe insolubile

« curant l'écoulement des eaux, les deversent nécessairement
« avec plus de rapidité sur le fonds inférieur; bien entendu, si
« l'intérêt de la culture l'exige; car il faut concilier les intérêts
« des deux propriétaires et non sacrifier l'un à l'autre. Le pro-
« priétaire supérieur peut encore changer de culture, quoique
« cette modification aggrave la charge du propriétaire, pourvu
« qu'il le fasse pour retirer des fruits plus abondants du son
« fonds. Il serait tout aussi absurde d'immobiliser la culture
« d'un fond jusqu'à la fin des siècles que de le condamner à
« une éternelle stérilité! Nous croyons avec M. Demolombe qu'il
« faut aller plus loin, et permettre au propriétaire supérieur de
« *bâtir*, quand même il en résulterait une aggravation de charge
« pour le propriétaire inférieur. Les fonds sont destinés è être
« bâtis aussi bien qu'à être cultivés; empêchera-ton le pro-
« priétaire de paver sa cour, parce que une cour pavée transmet
« plus d'eau que une cour non pavée? Ici encore l'équité doit
« temperer la rigueur du droit. S'il y a contestation entre les
« deux propriétaires, le juge s'inspirera de l'équité qui a dicté
« les décisions des jurisconsultes romains. Il y a donc lieu ici
« à un pouvoir de conciliation, comme en matière d'eaux cou-
« rantes, quand les riverains s'en disputent l'osage. Le Code
« ne le dit pas, mais la nature des choses l'implique, et l'exemple
« des jurisconsultes romains l'autorisse; non pas que l'inter-
« prète ait en général la latitude de décision qui appartenait
« aux jurisconsultes de Rome; mais quand le Code a emprunté
« un principe aux lois romaines, il est naturel de l'entendre et
« de l'expliquer conformement à la tradition ».

A tale dottrina non manca il riscontro della giurisprudenza, e possiamo citare due sentenze, l'una proferita dalla Corte di Catania, il 6 febbraio 1872, in causa Platanio e Pappalardo, e l'altra dalla Corte di cassazione di Torino il 29 dicembre 1877, in causa Angelini e Decoli. « L'esercizio del diritto di servitù)così la prima) deve comprendere ciò ch'è « necessario per la « destinazione, coltivazione e conveniente uso del fondo ». E la seconda: « Per l'interesse sociale di far progredire l'agricoltura, « non deve esagerarsi il dovere del proprietario del fondo su- « periore fino al punto di proibirgli qualunque opera sia ne- « cessaria per la cultura e il miglioramento del proprio fondo « nè di procurarsi un maggior prodotto ».

In sostanza, la dottrina e la giurisprudenza vanno d'accordo sì in Francia come in Italia ad escludere una interpretazione troppo rigida e diremmo materialmente letterale de' corrispondenti capoversi dell'art. 640 codice francese e dell'art. 536 codice civile italiano, dai quali si può e si deve ragionevolmente ricavare una disposizione riguardante unicamente e portante divieto al totale cambiamento della direzione degli scoli o ad un nuovo e forte impeto ad essi impresso o ad altri casi simili, pei quali mentre si viene a cagionare un grave danno al fondo sottostante, con un debito aggravamento di servitù, il

fondo superiore con le nuove opere non consegue quel notevole e corrispondente miglioramento di agricoltura o d'industria, che certamente il nostro legislatore ha voluto favorire ogniqualvolta il bonificamento presenti un carattere di utilità generale. Laonde ogni miglioramento fatto come suol dirsi a *regola d'arte*, e secondo le consuetudini e i progressi della scienza ed arte agraria è in generale consentito, eccettochè per patto speciale (che non suole riscontrarsi nelle convenzioni concernenti beni immobili, meno in qualche divisione di patrimonio) sia espressamente vietato al proprietario del fondo dominante di imprendere qualsiasi migliorìa o nuova opera, per cui ne possa derivare aggravamento di servitù nello scolo delle acque. Di vero, le servitù in genere sia che vengano stabilite dalla legge o per convenzione o per fatto dell'uomo, e segnatamente quando, come nella presente disputa, derivino dalla situazione dei luoghi per lo scolo naturale delle acque dall'alto in basso, in un provvido sistema legislativo si vedono più o meno, ma sempre regolate coll'intendimento di menomare gl'incomodi od agevolare i vantaggi della proprietà, cercando conciliare gl'interessi dei rispettivi e vicini proprietari, ma senza impedire che l'uno possa procacciarsi al di là dei propri confini ciò che torni utile al complemento o miglioramento del proprio fondo. Vero è che la legge provvidamente vuole altresì che nell'esercizio del diritto di servitù non si aggravi la servitù stessa, cioè l'onere imposto al fondo serviente; ma se in ogni servitù questo divieto va inteso *sano modo*, cioè che non ogni mutamento o novità, per quanto lieve, importi di per sè un aggravamento, e sia al proprietario superiore interdetta *ogni libertà d'azione*, egli è certo del pari che in alcune servitù, come in quella di scolo, tale divieto della legge non può interpretarsi in senso lato, ma ristrettivo, ossia non può intendersi esteso a qualsiasi incomodo che possa provenire al fondo naturalmente soggetto a ricevere lo scolo delle acque del fondo superiore dalle nuove opere e dai lavori impresi secondo i nuovi e perfezionati sistemi dell'agraria e dell'industria o per sanificarlo o migliorarlo o per trarne i maggiori profitti.

Qui cade opportuno il riferire il paragrafo ultimo (23) della citata Legge 1, *De aqua, et aquae pluviae arcendae:* « Denique « ait (Labeo, questo solenne maestro di equità) conditionibus « agrorum quasdam leges esse dictas: ut, quibus agris magna « sint flumina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres, vel « fossas habere: si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam « esse servandam: et semper inferiorem superiori servire, et « hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a supe- « riore, compensare debere cum alio commodo; *sicut enim omnis « pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incom- « modum ad eum defluere:* si tamen lex agri non inveniatur, « vetustatem vicem legis tenere; sane enim et in servitutibus « hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita,

« qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque « clam, habuisse longa consuetudine, vel ex jure impositam « servitutem, videatur ».

Il diritto privato è principalmente costituito da rapporti, da correlazioni, da correspettivi: indi il gran principio che domanda anche la servitù di scolo: *qui sentit commodum et incommodum sentire debet.* L'esperienza dimostra come il più delle volte il fondo soggetto trova un adeguato compenso alla servitù di scolo dal pingue limo che l'acqua piovana defluente porta seco dal fondo superiore; onde può stabilire *colmate* e ingrassi. Si comprende agevolmente come un proporzionato compenso all'aggravata servitù di scolo possa trovarsi, almeno nel più dei casi, anche quando per mutato sistema di coltivazione, specialmente se *intensiva*, siasi dovuto dare altro deflusso alle acque, con qalche aumento di volume e di rapidità; dacchè per accrescere la produttività e con essa il reddito di un determinato fondo, necessariamente si è dovuto accrescere e migliorare la concimazione, e quindi al fondo inferiore colla maggior copia delle acque *major pinguitudo terrae decurrit.* Laonde verificandosi anche qui la natural legge del compenso, e dovendosi conseguentemente applicare lo stesso principio del diritto romano: *ubi eadem ratio, eadem juris dispositio esse debet*, vi sarà bensì un aggravamento di servitù, ma improprio e già prestabilito come tollerabile dallo spirito della legge, e però il proprietario del fondo servente non avrà azione per farlo rimuovere e cessare.

Senonchè questa ragione del compenso accresciuto, che elide il maggior danno temuto per l'aggravata servitù di scolo, se si verifica quasi sempre e naturalmente nei miglioramenti agrarii strettamente campestri, non può dirsi lo stesso per ciò che attiene alle opere d'industria, e segnatamente nelle sostituzioni di fabbriche alle terre coltivate. Ha un bel dire il Laurent che *les fonds sont destinés à être bâtis aussi bien qu'à être cultivés*; ma qual compenso potrà mai ricavare il fondo servente da questo maggiore e più veloce scarico di acqua, cagionato inevitabilmente dall'aver pavimentata o selciata un'area dianzi messa a coltura di campagna, o di ortaglia, o di giardinaggio? Anzi non solo non si può verificare un proporzionato compenso, ma si è a dirittura tolto colla soppressa coltura quello qualsiasi che esisteva precedentemente. Laurent riconosce in tal caso l'aggravamento della servitù, *parce qu'une cours pavée transmet plus d'eau qu'une cours non pavée*; ma contraddicendo al suo sistema ricorre, per torsi d'impaccio, alla solita scappatoia, che egli stesso troppo sovente e in troppo questioni rimprovera ai commentatori e ai magistrati: *Ici encore l'équité doit tempérer la rigueur du droit.*

Se è lecito alla nostra pochezza contraddire a questo sommo giurista e agli altri illustri, dei quali più sopra abbiamo riportato le dottrine, per arrivare per altra via, più diritta, alla

stessa conclusione, ci pare che non si tratti qui di temperare il rigore del diritto, ma di trovare il principio direttivo per la risoluzione della controversia secondo il quesito da noi posto.

La naturale servitù di scolo, giova ripeterlo, è indotta dalla postura dei luoghi, e come tale è inerente ad ogni fondo ad altri sottoposto; e siccome l'aggravamento della medesima per maggiore sviluppo o diverso indirizzo dato all'agricoltura deriva *ex eadem causa*, inquantochè questa è di sua natura progressiva, e mentre il vantaggio che dalle migliorie deriva al fondo dominante è certo, ed il danno che può provenirne al fondo serviente è meramente eventuale, così è manifesto che la mera possibilità di un danno non può importare perdita riparabile, non potendosi essa per nessuna guisa equiparare a qualsiasi caso di espropriazione od uso della cosa altrui (art. 438 cod. civ.). Non accade poi dimostrare, essendo evidente, come il danno del fondo inferiore, a cui dal superiore si trasmette acqua in maggior copia o con maggiore impeto, sia meramente eventuale, ciò che si può verificare soltanto nelle annate in cui le pioggie precipitano dirotte, laddove nelle temperate, in cui cadono lievi, e nelle secche a dirittura, che pure si alternano colle piovose, non solo non vi ha danno di sorta, ma il più spesso si ha un vantaggio; poichè nella siccità onde sono isteriliti i fondi più alti, si vedono prosperare i fondi più bassi per quella maggior abbondanza di acqua piovana, di cui nelle loro viscere si è formato una specie di serbatoio. Ed ecco come anche qui si verifica la legge del compenso sotto un duplice rispetto, e per l'utilità dell'acqua e per quello, più sopra accennto, dell'acqua portante seco la pinguedine della terra che cresce alla stregua della coltura più intensa. Quindi ci sembra dimostrato come il proprietario del fondo serviente non abbia diritto e conseguentemente nessun'azione per impedire al proprietario del fondo dominante le opere di bonificamento agrario, quando anche ne sia per derivare aggravamento di servitù, il quale nel più dei casi per le osservazioni che abbiamo testè fatte sarà più apparente che reale, e certamente non resterà senza compenso. Ma quando per avventura non si verificasse compenso di sorta (il che sarebbe contro ogni presunzione e certo contro quella stabilita dal diritto romano), o quando il compenso fosse troppo inadeguato in confronto dei gravi danni derivati al fondo sottoposto, potrà competere al proprietario un'azione per emenda di danni, la cui liquidazione per altro sarà delle più difficili, dovendosi anche determinare se e in qual misura il danno presente (tanto più se cagionato da un'annata disastrosa, puta, di pioggie torrenziali) sia da ascriversi alla nuova opera di bonificamento, e se non possa ricevere compenso nelle successive annate; onde la liquidazione si ridurrebbe sempre al *quid minus* risultante tra gli effetti utili e dannosi del variato scolo delle acque, posto che ne sia derivato vero e proprio aggravamento

di servitù Non occorre nemmeno accennare, che per lievi danni non ha luogo azione di sorta, non solo per le ragioni già svolte ma eziandio perchè questi si debbono tollerare scambievolmente, fra proprietarii confinanti o rivieraschi pei buoni rapporti di vicinato (la cui giuridica efficacia sotto il diritto consuetudinario era grande, ed oggi non può dirsi dei tutto spenta e meriterebbe certo di essere illustrata); e perchè altrimenti sarebbe irrisorio il favore che si è voluto accordare all'agricoltura, come principale fonte di ricchezza e prosperità del nostro paese; onde ogni suo miglioramento si converte in causa di pubblica utilità. E se mi si obbiettasse che anco la causa di pubblica utilità dovrebbe essere sempre legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità per qualsiasi lesione di diritto di proprietà, ho già dimostrato che questa non è in questione nel caso in esame, non potendo la mera possibilità di un dnano ecquipararsi in alcun modo alla spropriazione Qui tutt'al più vi sarebbe conflitto nell'esercizio del diritto di proprietà tra il proprietario del fondo superiore naturalmente dominante, per ciò che riguarda lo scolo delle acque, e il proprietario del fondo sottoposto naturalmente soggetto a tale servitù. Il primo si fonda sulla disposizione più chiara e comprensiva dell'art. 436 cod. civ., che gli assicura il diritto di godere e disporre del suo fondo nella maniera più assoluta; mentre il secondo invoca il limite, l'eccezione posta dallo stesso articolo, cioè l'*uso vietato* dalle leggi e dai regolamenti, il quale, nella specie, si desume dall'ultimo capoverso del più volte citato articolo 536. Ma il divieto, onde è inceppata la naturale libeltà dell'usar delle cose proprie segnatamente quando questo uso è conforme alla natura della cosa, in quanto tende a perfezionarla ed è favorito dal legislatore ad incremento della nazionale ricchezza e del generale benessere, il divieto va inteso nel senso più ristretto, e da chi lo allega ne deve esser fornita la prova più manifesta.

Se le cose sopra esposte son vere, come a noi paiono verissime e incontrastabili, non potrà non ammettersi che il divieto contenuto nel suddetto capoverso è per lo meno assai dubbio che comprenda anche l'opera di bonificamento nel proprio fondo; e basta questo ragionevole dubbio per escluderlo siccome una eccezione di stretto diritto, e per far ritorno al principio della libertà d'azione (art. 4 del titolo preliminare al codice civile). Lo stesso Laurent (come abbiamo visto) tuttochè esageri spesso il valore della interpretazione letterale delle leggi per fare argine alle arbitrarie interpretazioni, pure combatte l'opinione di chi vorrebbe si stesse al *testo* dell'articolo 540 del codice Napoleone, corrispondente all'articolo 236 del codice civile italiano; dacchè la lettera di tali disposizioni, ove di per sè sola dovesse attendersi, ne spegnerebbe proprio ogni spirito, e menerebbe all'assurdo di vietare al proprietario di un fondo dominante qualsiasi opera di bonificamento, qualsiasi variazione

di scolo d'acqua, essendo noto a chiunque abbia un po' d'esperienza di cose agrarie che vi vuol ben poco a rendere in questa materia più gravosa la servitù del fondo inferiore. Ma di quale aggravamento ha inteso parlare il legislatore? É mai possibile che per un lievissimo danno del fondo servente abbia voluto assolutamente vietare al proprietario del fondo dominante un'opera di grandissima utilità? E chi può dire con sicurezza che le acque non scolino più *naturalmente* dai fondi più elevati negli inferiori sol perchè in quelli furono eseguite opere di bonificamento in conformità della loro natura e richieste dai progressi della scienza e dell'arte? In questi casi non ci pare si possa parlare di aggravamentto di servitù, poichè non è l'opera dell'uomo che nuoce, *non aqua sed loci natura nocet;* e l'arte bene intesa non è che la natura perfezionata dall'ingegno dell'uomo o per usare una frase più modesta non è che il guidare le forze della natura alle idealità e utilità della società umana. Noi siamo d'avviso che ogni qualvolta lo scolo delle acque sia mutato e regolato *agri colendi causa*, e fatto a regola d'arte, non sia luogo all'azione *aquae pluviae arcendae*, malgrado ne sia derivato aggravamento di servitù; e il divieto vada inteso nel senso più ristretto che il proprietario che imprende l'opera di bonificazione, se ha più vie o mezzi di scarico delle acque raccolte deve attenersi a quello che rende meno gravosa la servitù di scolo, o che tale è giudicato dal proprietario del fondo servente. Il divieto di qualsiasi aggravamento, anche di lieve servitù nello scolo delle acque, è certamente diretto contro ogni opera fatta *ad aemulationem*, o per convertire terreni colti o incolti che sieno in *ville*, in *giardini* e *palagi*, *agli ozi de' potenti gradito ospizio*, e in generale contro qualsiasi novità che non sia conforme alla qualità e postura del terreno, e fatta a tutt'altro fine che *agri colendi causa;* giacchè in tali opere non è più la natura del luogo che noccia, ma è l'acqua che è deviata dal suo scolo naturale per farla servire al capriccio e al piacere del proprietario con danno del vicino.

Siccome i monti e in generale i luoghi alpestri sono provvidamente da natura coperti di selve e boschi, la conservazione dei quali mentre è la maggiore utilità che possano conseguirne i loro proprietarii sono nel tempo stesso la naturale e sicura difesa non solo dei fondi sottostanti messi a coltura, ma eziandio delle corrispondenti vallate, in mezzo a cui scorroro i fiumi e torrenti, così si comprende di leggieri come i diboscamenti e dissodamenti di quelle vergini terre siano vietati in modo assoluto pel chiaro senso letterale e per l'intima ragione dell'articolo 534. Tale divieto si desume anche dal precedente art. 534 il quale dichiara, che « le servitù stabilite per utilità pubblica riguardano il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi e canali navigabili o atti al trasporto, la costruzione o riparazione delle strade ed altre opere pubbliche ».

Vero è che il legislatore soggiunge nell'ultimo capoverso di

detto articolo: « Tutto ciò che concerne questa specie di servitù viene determinato da leggi o da regolamenti speciali ». E pur troppo tali leggi e tali regolamenti o non furono mai fatti e pubblicati, o per inosservanza caddero in desuetudine, e sono facilmente elusi dagli avidi e ignoranti proprietarii di luoghi alpestri e boschivi che continuano allegramente l'opera della distruzione di selve e boscaglie, togliendo per tal guisa il naturale ritegno alle acque piovane, e col dissodare e mettere a coltura quei terreni scoscesi, lasciando trasportare dall'impeto delle acque ogni zolla di terra e pietre e tutt'altro che sventuratamente è destinato coll'inevitabile suo deposito a riempiere e rialzare il letto dei fiumi incanalati, onde l'immenso disastro nazionale delle inondazioni sempre crescenti, come è dimostrato dall'ultima e recente, la più terribile e dannosa che in Italia siasi verificata a memoria d'uomo! Nella proverbiale desidia dei preposti alle pubbliche amministrazioni, ai quali incombe l'obbligo di spiegare la massima vigilanza ed energia ad impedire qualsiasi novità, costituente *attentato* sulle cime e sulle falde dei monti in quanto possa aumentare la torba e l'impeto delle acque piovane, o di nevi disciolte (*Imbre autem crescere eam aquam, quae colorem mutat, vel increscit:* § 16, citata legge), laddove invece *salus publica* dovrebbe essere *suprema lex*, come era la *selva del sangue* nell'antica Elvezia, noi raccomandiamo a tutti i proprietarii dei fondi sottoposti anche i più lontani dal luogo elevato che si tentasse diboscare, estirpare, dissodare ecc. a impedire quest'opera vandalica con tutti i mezzi valendosi non tanto della spedita procedura della *nunciazione di nuova opera*, quanto della querela in via penale per *contravvenzione*, che nel nuovo codice penale dovrebbe essere elevata a *delitto*. L'esercizio di tale azione e querela noi crediamo che competa ancora a qualunque proprietario e abitante della valle o pianura lungo le quali trascorre il fiume o torrente da cui si ha motivo a temere i soliti disastri delle inondazioni; imperciocchè se non è questo il caso dell'*azione popolare* non sappiamo in qual altro possa mai aver luogo!

Lo stesso favore con cui il gius romano e la legislazione francese e più ancora l'italiana, che n'avea ben donde, hanno voluto riguardare l'agricoltura (*agri colendi causa*), ammettendo l'aggravamento della servitù legale dello scolo delle acque, può dirsi esteso anche alle opere fatte ad incremento di altre arti ed industrie? A noi sembra di no, con tutto il rispetto ai giuristi che professano diversa opinione, ed in ispecie all'illustre Laurent, il quale, se ben ci apponiamo, e come già più sopra abbiamo rilevato, colla formola generale: « Les fonds sont de- « stinès à ètre bâtis aussi bien qu'à être cultivès », parrebbe volesse permettere qualunque fabbricato su area campestre e a qualunque fine fosse eretto, malgrado ne derivasse maggiore trasmissione d'acqua al fondo inferiore, e con essa aggravamento di servitù.

Anche qui per non esagerare i favori, che non possono ampliarsi quando si convertono in privilegi per deviazione dal diritto comune, fa d'uopo procedere per distinzioni. Se le fabbriche sono necessarie od utili alla coltura dei campi, come le case coloniche, le stalle, i magazzini per riporre le biade raccolte in quelli, e i locali destinati a pigiare le uve e ad altre faccende agrarie, si considerano come parti sostanziali od accessioni del fondo e come tali meritevoli dello stesso favore, concorrendo la stessa ragione. Non così per altro se le fabbriche nè per natura, nè per destinazione servono direttamente alla migliore coltivazione dei fondi. Quindi sono esclusi i casini da villeggiare e le ville e ogni opera *voluttuaria,* gli stabilimenti enologici, i mulini d'ogni sorta, i frantoi, le bigattiere, i filatoi di seta, canapa o lino, cartiere e simili, quand'anche la materia a questi e ad altri opifici, che per brevità non nominiamo, sia fornita principalmente od esclusivamente dai terreni, per entro i quali sono costruiti.

Compulsando i testi del diritto romano, da cui come riconosce lo stesso Laurent, ha origine e fondamento questo aggravamento di servitù a favore della coltura dei campi, troviamo nella stessa l. 1, *De aqua et aquae pluviae arcendae* al § 19 il seguente responso: « Cassius quoque scribit si aqua ex *aedificio urbano* (e tutto ciò che non serve all'agraria, ma sibbene all'industria, è da considerarsi come stabilimento industriale, e quindi è fondo *urbano* ovunque sia posto) noceat vel agro, vel *aedificio rustico* (il contrapposto spiega meglio il senso che qui il giureconsulto attribuisce agli aggiunti *urbano* o *rustico*); agendum de fluminibus et stillicidiis ». Nell'antecedente § 17 poi si trova spiegata la differenza delle azioni competenti al proprietario del campo per l'immissione dell'acqua piovana, e al proprietario dell'edificio urbano per l'immissione di qualsiasi acqua: « Item sciendum est, hanc actionem non alias lo-
« cum habere, quam si aqua pluvia agro noceat. Caeterum si
« aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista: agi autem ita
« poterit, jus non esse stillicidia, flumina immittere. Id ideo
« Labeo et Cascellius ajunt, aquae quidem pluviae arcendae
« actionem specialem esse: de fluminibus, et stillicidiis, gene-
« ralem; et ubique agi licere. Itaque aqua, quae agro nocet,
« per aquae pluviae arcendae actionem coercebitur ».

Anche per l'aggravamento di servitù di scolo che può derivare dal suolo superiore fabbricato, selciato, ecc. il Laurent vuole che l'equità temperi il rigore del diritto, traendone l'esempio dalle stesse fonti del gius romano. Nel che possiamo di buon grado consentire ancor noi senza discostarci dai principii generali del diritto moderno sulle acque, siccome risultano dal sistema adottato dal nuovo codice civile o dal riguardo che deve aversi alle disposizioni, che pur abbiamo, regolanti casi simili e materie analoghe. Tanto ciò è vero, che nello stesso titolo: *Delle servitù che derivano dalle situazioni dei*

luoghi, il quale comincia appunto dall'art. 536, troviamo il successivo art. 544 così concepito: « Sorgendo controversia fra i proprietari a cui l'acqua può esser utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà; ed in tutti i casi devono essere osservati i regolamenti particolari e locali sul corso e sull'uso delle acque ». E l'art. 578 più espressamente raccomanda al giudice d'inspirarsi, in simili controversie, all'equità, rimettendo molto alla sua prudenza, e al così detto *arbitrio boni viri*, al temperamento *pro bono et aequo:* « sorgendo contestazioni fra i due proprietari l'autorità giudiziaria deve conciliare nel modo il più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà, ai maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura od all'industria, all'uso a cui l'acqua è destinata o vuolsi destinare, assegnando, ove sia d'uopo, all'uno o all'altro dei proprietari quelle indennità che loro possono essere dovute ». Ci passiamo di altre citazioni per non andar troppo per le lunghe, essendo ormai tempo di por fine alle già soverchie parole. Da ultimo peraltro ci preme di avvertire che la causa dell'agricoltura è assai più favorevole di quella dell'industria, sopratutto in Italia, nazione per eccellenza agricola, « terra antiqua; dives frugum, potens ubere glebae »; e ciò non solo ad incremento di generale prosperità, ma più ancora perchè col regolare sapientemente i corsi e gli scoli delle acque e coll'incoraggiare in tutte guise le opere ad essi relative s'impedisce che i latifondi non si trasformino in paludi, e si procaccia da per tutto il rinsanamento dell'aere. Benedetta adunque l'arte, vera figlia della natura, *a Dio quasi nipote* (come la chiamò Dante), che prosciugando i terreni e migliorandone la coltura, provvede al bene privato e pubblico; e quindi anzichè condanna per aggravamento di servitù di scolo, meriterebbe un premio.

Se questo ragionamento vale quando l'interesse del terreno superiore si trova in conflitto con quello del terreno inferiore, dovrà valere a cento doppi quando i terreni superiori si trovassero di fronte a un'industria, dovendo questa cedere di fronte all'agricoltura, tanto più poi quando fosse una di quelle industrie primitive, come la pesca, e quando lo scolo non aggrava la servitù dei fondi che nel suo corso attraversa, ma si pretende che rechi pregiudizio a un'industria che si esercita nel mare, o in un lago, in una laguna, o in un fiume, insomma là dove l'acqua scorrente dal di sopra trova il suo naturale recipiente, e giusta la poetica frase dantesca, *la sua pace.*

Quindi per tornare alla tesi, da cui abbiamo preso le mosse, è debito di giustizia il riconoscere come il Consiglio dei lavori pubblici e il prefetto di Ferrara, apprezzando rettamente i fatti, e seguendo i dettami della scienza e dell'arte si fossero inspirati ai più sani principii non meno di economia pubblica che di diritto privato, quando nel decreto, con cui vennero autorizzati i lavori del Consorzio, giudicarono: « Che le valli di Co-

macchio sono il naturale recipiente degli scoli del Polesine di San Giorgio, e che gl'interessi della pesca esercitata in esse valli non potrebbero mai ritenersi prevalenti su quelli dello scolo dei terreni del suddetto Consorzio... Che al supremo bisogno dell'agricoltura non potrebbe contrapporsi un supposto danno all'industria della pesca nella valle ».

C. Lozz

APPENDICE XVII.

Studi intorno all'art. 694, o della destinazione del padre di famiglia nelle servitù discontinue apparenti, sotto l'impero del codice francese, in confronto agli articoli 632 e 633 del cod. civ. ital.

L'art. 694 del codice Napoleone, come anche gli uniformi articoli dei codici modellati sul tipo francese, sanciva così:

Se il proprietario di due fondi, tra i quali esiste un segno apparente di servitù dispone di uno di essi senza che il contratto contenga veruna convenzione relativa alla servitù, questa continua ad esistere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato, o sul fondo alienato.

Il codice civile italiano non ha riprodotto questo articolo, purtuttavolta torna necessario studiarlo con accurata disamina, perchè infiniti casi oggi pur si presentano di due fondi che riuniti dapprima nel dominio di un solo, vennero poi divisi fra più proprietari sotto l'impero del succennato disposto di legge. Importa quindi conoscere se il semplice silenzio serbato dai contraenti nel momento della convenzione, fosse stato bastevole a stabilire una servitù apparente tuttochè discontinua. La ragione di dubitare nasce da ciò che mentre il soprascritto articolo si contenta della circostanza che la servitù sia apparente, senza esigere il carattere di continuità, il precedente 692 del codice francese richiede che la servitù fosse continua ed apparente, affinchè possa stabilirsi mediante la destinazione del padre di famiglia. In effetti l'art. 692 è così formulato:

La destinazione del padre di famiglia riguardo alle servitù continue ed apparenti tiene luogo di titolo.

Il Merlin (*Rép.*, V. *Servitù,* § 19) concilia l'interpretazione dei suddetti articoli controversi, distinguendo i diversi modi, onde seguir può la separazione dei due predii riuniti presso

la medesima persona. L'art. 692 (egli dice) si applica al caso in cui la separazione dei due fondi sia effetto di divisione fra coeredi o condomini; e l'art. 694 al caso in cui i due predii si separino per effetto di disposizione, vendita, donazione, permuta, ecc. fatta dallo stesso proprietario dei due fondi.

Egli ragiona così:

« Parecchie delle nostre antiche consuetudini distinguevano, « circa lo stabilimento delle servitù mercè destinazione del « padre di famiglia, il caso di *divisione fra coeredi o condo-* « *mini della cosa comune* (art. 609 della cons. di Normandia) « dal caso in cui si *alieni parte o tutta la propria cosa,* ecc. « (articoli 619 e 620); ed ammettevasi pel solo primo caso co- « testo modo di stabilimento delle servitù (Confr. Basnage sui « precitati articoli; Ferrière, sugli articoli 215 e 116 della « cons. di Parigi; Lalaure sugli articoli 226 e 228 della cons. « d'Orleans; Davot, tit. II, pag. 145).

« Or, è verosimile i compilatori degli articoli 692, 693 e 694, « aver inteso ritenere tal distinzione, di cui difatti rinvengonsi « le orme nella loro compilazione. Da un lato l'art. 692 parla « della *destinazione del padre di famiglia,* la quale un tempo « applicavasi al caso di frazionamento dei fondi per divisione, « e l'art. 693 suppone altresì cotal modo di divisione. D'altro « lato l'art. 694, per contrario, è relativo all'ipotesi in cui il « proprietario di due fondi *disponga* di uno di essi, val a dire « *alieni* un di essi; son queste pressochè le medesime espres- « sioni adoperate dalle nostre antiche consuetudini.

« Dunque l'odierno legislatore ha ritenuto sotto questo rap- « porto l'antica distinzione ».

Maleville, Favard e Toullier riconoscono che non può mai esservi destinazione del padre di famiglia se non per le servitù continue ed apparenti. Che l'art. 694 non contenga altro che una semplice applicazione ed uno sviluppo dei due precedenti e quindi ne sia sottinteso il carattere di continuità, del quale non vi è cenno nel medesimo. Però il Toullier, dopo avere enunciata la sua opinione, poco appresso quasi si ritratta; perchè espressamente dichiara che la sua interpretazione non è punto sicura, ed invoca da ultimo la giurisprudenza per essere illuminato. Ecco le precise sue parole:

« Intanto si può dire, specialmente in favore di colui che « acquista dal padre di famiglia, che quest'ultimo è in fallo per « non essersi spiegato più chiaramente; che egli deve conse- « gnare la cosa nello stato in cui si trova al tempo della tras- « missione con tutte le sue comodità, i suoi accessorii, e tutto « ciò che fu destinato al perpetuo uso di essa, e queste ragioni « unite alla conseguenza che si desume dalla differente com- « pilazione degli articoli 692 e 694 possono superarla e far « considerare quest'ultimo come una eccezione » (1).

---

(1) TOULLIER, Tomo III, n. 316.

Il Pardessus (n. 300), il Duranton (Tom. V, n. 572), il Demante (Tom. I, n. 707), il Mourlon (Tom. I, pag. 812), i signori Ducaurroy, Bonnier e Roustain (Tom. II, n. 354), il Rodière (Tom. II du Palais 1855, pag. 577), gli stessi espositori di Zachariae, Aubry e Rau (Tom. II, pag. 557), Solon (n. 389) ed il Demolombe (Tom. VI, n. 816 a 827) ritengono che la disposizione fatta di uno dei fondi, tra i quali esista un segno apparente di servitù, stabilisca la servitù pro o contro il fondo alienato, sol perchè l'atto di alienazione nulla dica di contrario, senza che faccia mestieri ricercare se la servitù sia continua o discontinua o da chi le cose furono poste nello stato donde risulta la servitù.

Sarà però vero pregio di questo nostro scritto trascrivere le considerazioni del Demolombe, il quale con un ragionamento certo il migliore dei sopracitati scrittori, sostiene l'assunto che la servitù discontinua quando sia apparente, possa pur stabilirsi, mercè il semplice silenzio tenuto dalle parti nel momento della separazione dei fondi, dapprima riuniti nelle mani di un solo proprietario.

« La destinazione del padre di famiglia (egli dice) ha maggiore o minore efficacia ed effetto, secondo il carattere della servitù che trattasi farne risultare.

« Se il rispettivo stato dei predii sia tale da costituire nel momento della loro separazione mercè vendita, divisione o altrimenti, una servitù continua ed apparente, ciò è bastevole: la destinazione del padre di famiglia di per sè sola allora *equivale a titolo,* senza essere uopo di esibire l'atto di vendita o di divisione, e per l'unico motivo che sia dimostrato, in modo qualsivoglia, essere i due predii appartenuti allo stesso proprietario e che le cose trovavansi in tale stato nel momento della separazione; è questo il caso contemplato dagli articoli 692 e 693.

« Per contrario qualora nel momento della separazione dei predii vi fosse tra essi semplice segno apparente di servitù, tal destinazione non basta: è mestieri inoltre che il contratto, per effetto del quale è avvenuta la separazione, *non contenga veruna convenzione relativa alla servitù,* e conseguentemente l'atto medesimo venga esibito, affinchè la illazione dedotta dal segno apparente della servitù venga corroborata e confermata dal silenzio del titolo su tal punto; è questo il caso contemplato dall'art. 694.

« Cotesta teorica, la quale perfettamente si concilia, come ben si ravvisa, coi testi dei tre articoli in esame, ci pare altresì unisona alla ragione ed ai generali principii del diritto.

« Ben si comprende la servitù continua ed apparente risultare dal semplice fatto della separazione dei due predii; è dessa costitutiva del loro modo di essere e della loro stessa configurazione! Laonde per non continuare a sussistere, sa-

« rebbe necessaria nel contratto, qualche clausola di soppres-
« sione; talchè a chi pretendesse esistere tal clausola, spette-
« rebbe esibire il contratto.

« Ben diversa è la servitù discontinua, la quale viene eser-
« citata per semplice fatto dell'uomo, ancorchè si disveli mercè
« esterno segno, il quale può sembrare più o meno equivoco.
« Indubitatamente le parti contraenti su la base di questo segno,
« senza parlarne, debbonsi altresì presumere aver inteso at-
« tivamente o passivamente mantenerlo; ma è mestieri altresì
« essere rimaste silenziose; e però a chi pretende la servitù
« discontinua derivata dalla destinazione del padre di famiglia,
« spetta esibire l'atto onde è seguìta la divisione, ad obbietto
« di dimostrare non racchiudere veruna clausola osteggiante
« il mantenimento del segno apparente da cui veniva annun-
« ziata » (1).

Questa dottrina è combattuta dal Marcadé (2), dallo Zachariae (3), dal Troplong (4) e dal Laurent, i quali sostengono che negli articoli 692 e 693 si tratti del caso in cui, dopo riuniti nel dominio della stessa persona i due fondi, sieno stati posti dall'unico loro proprietario in quello stato, dal quale deriva la servitù, dove che per contrario l'art. 694 prevederebbe il caso in cui, prima di riunirsi i due fondi nel potere dello stesso proprietario, uno di essi trovavasi gravato a pro dell'altro di ser-

---

(1) Demolombe, vol. VI, *Delle servitù prediali*, 821.

(2) Marcadé, *Corso elementare di diritto civile francese*, commento dell'articolo 694.

(3) Zachariae, Vol. II, pag. 87.

(4) Nel Dalloz, n. 1025 della sua *Jurisprudence Générale, Répertoire de Législation*, Tome Quarantième, pag. 249, Paris 1859, è trascritto il rapporto fatto dal Troplong per l'arresto su citato del 24 febbraio 1840. Il rapporto è concepito nei seguenti precisi termini:

Adottando questa soluzione della quistione, non recherà veruna maraviglia che l'articolo 694 non richiegga che la servitù debba essere *continua*, la quale pretesa omissione ha ingannato parecchi scrittori; mentre colla soluzione da noi adottata svanirà qualunque contraddizione tra gli articoli 692 e 694. L'articolo 694 non intende aver riguardo soltanto alle servitù apparenti e continue. Esso protegge sì le servitù continue che le discontinue; ma ritiene l'avveramento di due condizioni, cioè: 1.° Che la servitù discontinua si riveli mercè segni apparenti; 2.° Che essa rannodi la sua esistenza ad una costituzione originaria di servitù riconosciuta dalla legge. Se si ferma troppo l'attenzione su qualche frase che possa manifestarci che il pensiero del legislatore non intese riconoscere che le sole servitù continue ed apparenti, si farebbe un'interpretazione erronea ed ingiusta della legge: perchè l'esercizio di una servitù discontinua legalmente costituita potè rendersi impossibile a titolo di servitù pel fatto della riunione dei due fondi nelle mani dello stesso proprietario: ma però in simili casi la servitù discontinua merita che sia riconosciuta come avviene per la servitù apparente e continua: mentre l'acquirente che ha veduto i segni apparenti della sua esistenza non può invocare alcuna scusa d'ignorare l'esistenza della medesima servitù discontinua, mentre si deve pure supporre che il venditore nel momento del contratto ha dovuto comunicargli il fatto della esistenza della servitù precedente alla riunione dei due fondi, e consegnargli ancora i titoli antichi della sua costituzione.

vitù legalmente stabilita e temporaneamente estinta, mercè confusione. Essi ragionano così:

Nell'art. 692, il quale parla della destinazione del padre di famiglia, siccome trattasi stabilire per la prima volta, la servitù dopo la separazione dei due fondi, è mestieri che sia contemporaneamente continua ed apparente.

Nell'articolo 694, invece, non trattasi dello stabilimento di novella servitù, ma di semplice ristabilimento di preesistente servitù; ed allora basta esservi un segno apparente. E confortano la suddetta teoria rammentando il discorso tenuto dal tribuno Albisson in occasione della compilazione del codice francese.

Difatti l'Albisson dopo avere accuratamente esaminati i casi della destinazione del padre di famiglia disse:

« Un'altra questione sulla quale era importante fissare la le« gislazione viene ancora risoluta dal progetto che presento. « Il proprietario dei due fondi, l'uno dei quali, prima della riu« nione nella sua mano, doveva una servitù all'altro, viene a « disporre dell'uno o dell'altro senza che sia fatta alcuna men« zione della servitù nell'atto di alienazione: Continua la ser« vitù attiva o passiva ad esistere? Si opponeva che essendo « ogni servitù estinta quando il fondo a cui è dovuta e « quello che la deve sono riuniti nella stessa mano, era in« dispensabile, per la conservazione della servitù, che fosse « stata espressamente riservata nell'atto. Ma non si prevedeva « il caso in cui, parlando la cosa da sè, diveniva non più ne« cessaria la riserva e questo caso appunto saviissimamente « prevede il progetto » (1).

Se non che la dottrina del Demolombe e degli altri scrittori innanzi da noi rammentati venne ed è professata dalla costante antica ed odierna giureprudenza delle Corti di Francia e del Belgio. In conferma vale la testimonianza di uno scrittore punto sospetto. È lo stesso Laurent, il quale nel dichiarare la sua dottrina ciò più volte confessa. E di fatti egli prima nel numero 184 del presente volume dice: « Noi lasciamo da banda « le opinioni che sono abbandonate. La vera lotta sta tra la spie« gazione dataci da Albisson, il relatore del Tribunato, ed il « sistema consacrato dalla giurisprudenza costante della Corte « di cassazione di Francia. Noi non esitiamo punto a pronun« ziarci per l'opinione di Albisson contro la giurisprudenza fran« cese ».

E nello stesso numero soggiunge poi: « Questa opinione « non ha in suo favore che un arresto della Corte di Lione « ed alcuni arresti della Corte di Bruxelles; essa è be« nissimo sostenuta da Marcadé, ma la maggior parte degli au-

---

(1) Locré, Tomo IV, p. 190.

« tori la respingono come la giurisprudenza. Si ripudia l'interpre-
« tazione d'Albisson come quella che è puramente immaginaria.
« Questa è, si dice, un'opinione personale del relatore; nulla
« prova, dice la Corte di Gand, che la medesima cosa sia stata
« sostenuta sia dal Consiglio di Stato che dal Corpo legislativo:
« essa non è neanche riprodotta nei discorsi dell'oratore del
« Tribunato ».

Ed al numero 185 lo stesso Laurent riconferma che la opinione da lui combattuta è sostenuta dalla giurisprudenza *costante* delle Corti di Francia e dalla autorità di giureconsulti eminenti.

« L'opinione contraria avendo in suo favore la giurispru-
« denza costante delle Corti di Francia e l'autorità di insigni
« giureconsulti, noi dobbiamo farla conoscere, salvo ad aggiun-
« gere le nostre obiezioni ».

E nelle note poste in fine del suo ragionamento di confutazione cita innumerevoli decisioni delle Corti di Francia e del Belgio le quali sono contrarie al suo assunto.

Ma perchè la dottrina propugnata dal Laurent venne costantemente respinta dalla giurisprudenza della Francia e del Belgio? La ragione è che l'opinione dei suddetti scrittori, suppone una ipotesi che non si legge punto nel testo dell'articolo controverso, mentre la teorica professata dalla giurisprudenza concilia maravigliosamente il testo e lo spirito della legge.

E di vero secondo quest'ultima dottrina capitanata dal Demolombe ed accettata da innumerevoli decisioni delle Corti di Francia e del Belgio, si ritiene che gli articoli 692 e 694 si riferiscono alla destinazione del padre di famiglia, allo stabilimento cioè di una servitù avvenuta per la separazione dei due fondi riuniti prima nel dominio di un solo proprietario. Però i suddetti due articoli stabiliscono per colui che invoca la destinazione del padre di famiglia una diversa posizione giuridica, secondo che si tratti di una *servitù continua ed apparente* o di una *servitù discontinua apparente*.

Nella prima ipotesi la prova che si faccia che prima e dopo la loro separazione, l'uno dei fondi rese un servizio all'altro, fa *senz'altro presumere* che le parti contraenti vollero stabilire una servitù tra i due fondi, nè colui che invoca la destinazione del padre di famiglia deve dimostrare l'esistenza di altro estremo giuridico. L'art. 692 dice che in questo caso di servitù *continua* ed *apparente* la destinazione del padre di famiglia di per sè sola considerata equivale al titolo.

La destinazione del padre di famiglia riguardo alle servitù continue ed apparenti TIENE LUOGO DI TITOLO (art. 692).

La ragione che sorregge il soprascritto articolo è evidente. Quando si tratti di una servitù *continua* ed *apparente*, la sola prova dello stato dei luoghi precedente e posteriore alla separazione dei fondi, fa presumere almeno il tacito consenso delle

parti, le quali vollero che tra i due fondi continuasse a perdurare lo stato di servizio preesistente alla loro separazione. L'esercizio di una servitù continua ed apparente, anche senza alcun titolo, si presume che si avveri *animo domini* e non a tiolo di buon vicinato o di tolleranza. Però la continuazione dello stato dei luoghi, secondo innanzi era stabilito, porta con sè la prova scolpita sulla faccia del luogo del consenso almeno tacito delle parti contraenti per lo stabilimento della servitù, il quale si attua, mercè la continuazione del servizio continuo e permanente che l'uno dei fondi prestava all'altro, anche prima della loro separazione. In questo caso, disse il legislatore, non sarà mestieri dimostrare il consenso espresso o almeno tacito dei contraenti, il quale ultimo consenso si desume dal silenzio da essi serbato nel contratto relativamente alla controversa servitù. Non sarà mestieri dimostrarlo, perchè versandosi nel caso di servitù *continua* ed *apparente*, lo stato dei luoghi parla da sè, mentre l'esercizio di simili servitù non potrebbe essere ritenuto come equivoco, come fondato sopra atti di tolleranza, ma fondato invece sopra atti punto equivoci, perchè il possesso di una servitù *continua* ed *apparente*, di per sè solo considerato, si *presume* sempre esercitato *animo domini* e non a titolo di mera tolleranza o di buon vicinato.

Quando invece si tratta del caso di una servitù apparente, ma discontinua, la circostanza della precedente destinazione fatta dal proprietario dei due fondi, riuniti alla prova della esistenza di un segno apparente di servitù nel momento della loro separazione, non costituisce una prova o una presunzione *iuris tantum*, mercè la quale sia lecito inferire, se non l'espresso almeno il tacito consenso dalle parti prestato per la continuazione della servitù, mercè il silenzio serbato relativamente alla medesima nella convenzione che separò la proprietà dei due fondi. E la ragione è anche manifesta. Il legislatore in fatto di servitù discontinue, mancando la prova del titolo, sebbene l'esercizio delle medesime sia attestato da segni apparenti, non presume che il medesimo sia praticato per l'effetto dell'uso di un diritto, ma a differenza della servitù *continua* ed *apparente* presume invece che l'esercizio sia praticato a titolo di semplice tolleranza o di buon vicinato. Però logicamente venne stabilito dall'art. 694 che versandosi nell'ipotesi di una servitù discontinua, la semplice esistenza di un segno apparente di servitù non fosse bastevole a far presumere, se non l'espresso, almeno il tacito consenso prestato dalle parti, mercè il silenzio serbato nel contratto relativamente alla continuazione della servitù; e però incombesse a colui che invochi la servitù, esibire la prova almeno del consenso tacito; dimostrando come richiede espressamente l'art. 694 nella specie di servitù discontinue, sebbene apparenti, CHE IL CONTRATTO NON CONTENGA CONVENZIONE RELATIVA ALLA SERVITÙ. E ciò, ripetiamo, era richiesto perchè colui che voleva far qualificare non come derivante da tolleranza

l'uso d'una servitù discontinua, doveva dimostrarlo con un titolo, col quale, se non espressamente, almeno in un modo tacito ne fosse giuridicamente corroborato l'esercizio, mentre nelle servitù *continue* ed *apparenti*, per le quali l'esercizio *anche di per sè solo considerato sempre si presume a titolo di un diritto rigoroso*, una tale prova non è punto richiesta. E di vero l'art. 692 dice che di per sè sola considerata *la destinazione del padre di famiglia nelle servitù continue ed apparenti* TIENE LUOGO DI TITOLO.

E non richiede punto il suddetto articolo quello che prescrive il seguente 694, cioè a dire che colui che invoca la destinazione del padre di famiglia nella specie di una servitù discontinua deve dimostrare che *il contratto non contenga veruna convenzione relativa alla servitù.*

Tale dottrina concilia maravigliosamente il testo e lo spirito della legge. Il testo, perchè in siffatta maniera ogni parola viene spiegata, e non si aggiungono o creano disposizioni che non si leggono punto nel tenore dell'art. 694, siccome invece avviene coll'interpretazione fattane dal Laurent, dal Marcadé, dal Troplong e dallo Zachariae.

Risponde allo spirito della legge, perchè le legislazioni moderne certamente non equiparano la condizione delle servitù *continue* apparenti e quella delle *discontinue* apparenti. Trattandosi delle prime l'esercizio delle medesime è sempre presunto come l'uso di un diritto rigoroso, mentre le seconde hanno bisogno di un titolo qualsiasi che ne colori legalmente l'esercizio, e però, in questo secondo caso, a colui che invoca la servitù incombe dimostrare il consenso espresso, o almeno tacito, col quale viene corroborato il fatto *equivoco* della semplice esistenza di un segno apparente d'una servitù discontinua.

Esaminiamo ora ponderatamente le ragioni colle quali il Laurent cerca fondare la sua dottrina. I suoi argomenti li possiamo classificare in due categorie, e denominare *positivi* quelli coi quali tende a costruire la sua teorica, e *negativi* quelli coi quali mira ad abbattere le obbiezioni che la giureprudenza e gli scrittori promossero contro la sua interpretazione.

Uno dei principali argomenti Laurent lo desume dalle parole *continua ad esistere*, che si leggono nel testo dell'articolo controverso.

« L'art. 694 (egli dice) non dichiara affatto che una servitù
« è stabilita, ma che essa continua ad esistere. Questa energica
« espressione, chiaramente dimostra che non si tratta punto
« di stabilire una novella servitù, una servitù che non ebbe
« mai esistenza. Vi era una servitù, essa esisteva, e con-
« tinua ad esistere perchè vi è un segno apparente che
« l'annunzia. Ecco l'ipotesi di Albisson: essa è scritta nel
« nostro testo; il relatore del Tribunato non ha dunque imma-

« giunato; egli non ha fatto che spiegare; la sua spiegazione « non è che la parafrasi del testo.

« Si dice che non possiamo trarre alcun profitto per la nostra « tesi della lettera della legge; che l'espressione *continua ad « esistere* è inesatta, che secondo la nostra opinione, la servitù, « che si suppone esistita, è estinta per confusione: dunque non « si può dire che la servitù *continua*.

« A nostro avviso l'espressione di cui si serve l'art. 694 è « *assai giuridica*. La confusione è un modo di estinzione di « ogni specie di diritto, diritto personale e diritto reale, ma « essa ha questo di particolare che l'estinzione è fondata uni- « camente sulla impossibilità di esercitare il diritto, essendo « il creditore divenuto debitore o questi essendo divenuto cre- « ditore: in realtà il diritto sussiste, solamente non si può pro- « cedere all'esecuzione. Se tale è l'effetto della confusione in « materia di obbligazione, tale dev'essere il suo effetto in ma- « teria di servitù, poichè in questo caso vi è egualmente un « fondo che deve la servitù ed un fondo cui essa è dovuta, vi « è un fondo debitore, questa è l'espressione del codice, e vi « è un fondo creditore; il fondo creditore non può esercitare « il suo diritto perchè il fondo debitore appartenendo al me- « desimo proprietario al quale appartiene il fondo creditore, « abbiamo così una sola e medesima proprietà che nel con- « tempo è debitrice e creditrice. Se dunque la servitù cessa, « ciò è meramente perchè ne diviene impossibile l'esercizio: in « realtà essa sussiste e *continua*, come dice l'art. 694, se l'osta- « colo che ne impediva l'esercizio sia sparito. Il testo con- « ferma dunque pienamente l'interpretazione di Albisson e la « decisione del codice si trova giustificata dai principii generali « del diritto ».

Il soprascritto ragionamento del Laurent, oltre di contraddire uno dei più veri ed inconcussi principii di diritto, urta ancora in flagrante contraddizione. Disconosce una delle più certe regole del diritto perchè egli, in aperta opposizione coll'art. 705 del codice francese, ritiene che riunendosi in una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo serviente, la servitù preesistente tra i suddetti fondi, CONTINUA A SUSSISTERE E NE È SOLO IMPEDITO L'ESERCIZIO, mentre il suddetto articolo espressamente sancisce che QUALSIVOGLIA servitù, in siffatta ipotesi, sia ESTINTA.

Così il Laurent non solo si trova in aperta ribellione colla legge espressa, ma si aggiunge ancora che egli non professa conseguenze conformi. Supponiamo vero il suo assunto che malgrado la riunione di due fondi nelle mani dello stesso proprietario, le servitù continuino a sussistere, mentre ne è solo impedito l'esercizio; perchè dopo la novella separazione dei due fondi innanzi riuniti, e cessato l'impedimento dell'esercizio, rimangono in vita le sole servitù *apparenti* e muoiono certamente le *non apparenti?* Ritenendo adunque il Laurent la morte di

quest'ultime servitù dopo la separazione dei suddetti fondi, egli stesso riconosce non esser vero che ne sia soltanto impedito l'esercizio delle medesime, durante la riunione dei predii nel dominio dello stesso proprietario, ma che *continuino a sussistere.* Però incorre in una aperta e flagrante contraddizione.

Le parole adunque *la servitù continua,* non possono avere il senso vagheggiato dal Laurent, cioè a dire che una servitù possa sussistere tra due fondi durante la riunione di essi nelle mani di un solo proprietario. La voce *servitù* quindi nella specie non può avere il significato di una servitù *giuridica* rigorosamente considerata, ma vale invece nel senso di un servizio che l'uno dei fondi *continua,* anche dopo la loro separazione, a prestare all'altro.

Svanisce così l'altro argomento che il Laurent desume dalle parole *segno apparente di servitù* le quali si leggono nell'articolo in disamina. La parola *servitù,* lo abbiamo innanzi veduto, non può avere altro significato che di un *servizio* reso da uno dei fondi all'altro. Altrimenti si dovrebbe ritenere vero il grave assurdo che una *servitù,* intesa nel significato giuridico, possa *continuare* a sussistere, come suppone l'articolo, durante la riunione di due fondi nelle mani dello stesso proprietario.

Ma il Laurent soggiunge che vi si leggono ancora le parole *ed il contratto non contiene alcuna convenzione relativa alla servitù.*

« Perchè il contratto (egli dice) avrebbe parlato di *servitù?*
« Ciò è perchè ne esisteva una, ch'è stata estinta per confu-
« sione, si tratta di sapere se la volontà delle parti è di farla
« rivivere ».

« Se tale è la loro volontà, bisogna che esse si spieghino, e
« che dicano, che la loro intenzione è di mantenere la ser-
« vitù. In questo senso occorre una convenzione relativa alla
« *servitù* ».

Quest'altro argomento non sembra che possa molto persuadere. Difatti le parole succennate che contiene l'art. 694, si spiegano pure benissimo col dire che le parti contraenti possano tra loro convenire intorno alla determinazione, se cioè un servizio che uno dei fondi rendeva all'altro durante la riunione dei medesimi nel dominio di un solo proprietario, debba continuare a prestarsi come servitù, dopo la separazione dei medesimi fondi dalle mani dello stesso proprietario.

Il Laurent si maraviglia che anche si fa cenno al vocabolo caratteristico di *servitù,* però in questo caso è evidente che la parola *servitù* possa ritenersi anche usata nel senso proprio, perchè le parti contraenti alle quali interessa guardare lo stato dei fondi, quando questi sono loro attribuiti e però divisi, non possono altrimenti in tal rincontro qualificare il servizio, che l'uno dei fondi rende all'altro, che col nome di *servitù.*

Il Laurent adduce ancora l'opinione manifestata dall'Albisson

che fu il relatore del Tribunato quando si compilò il codice francese. Però è noto ormai a tutti come le idee espresse soltanto da taluni che prendono parte alla compilazione di una legge, sono spesso le più fallaci, e certamente non possono avere alcun valore quando il testo non conforta il pensiero rivelato da alcuno dei suoi compilatori. E la ragione è evidente. Nella interpretazione delle leggi bisogna ponderare il tenore delle stesse, perchè questo viene sublimato in legge e non le opinioni individuali degli estensori, le quali non sappiamo se siano adottate dagli altri componenti le diverse Commissioni legislative, i quali possono votare per una ragione del tutto diversa, ma che meglio forse corrisponde al senso di quel dettato che viene sottoposto alla votazione e tramutato in canone legislativo. È questo un principio che non viene oramai contrastato, da alcuno, e che vediamo frequentemente adottato dalla giurisprudenza. Ci reca però grande meraviglia come il Laurent in questa questione pone in non cale i suoi dotti ed elaborati ragionari che su questo argomento scrisse e nei *Principii* e nel *Corso elementare* di diritto civile. Ne riferiremo qui appresso qualche tratto importante. In effetti nel suo *Corso elementare* di diritto civile al § 111, ragionando dell'autorità dei lavori preparatorii scrisse:

« Lo stesso è a dirsi dei rapporti fatti dalle Commissioni par-
« lamentari o dalle Sezioni centrali. A maggior ragione lo è poi
« dei discorsi pronunziati durante la discussione, quando anche
« le spiegazioni emanassero dal relatore o dal ministro, e an-
« corchè dichiarassero di essere d'accordo sul senso che de-
« vesi dare al progetto, ciò che accade molto sovente; se si
« vuole che quelle spiegazioni abbiano forza di legge, bisogna
« scriverle nella legge. È il testo, in definitivo, che solo ha una
« autorità legale . . . . . . L'esposizione dei motivi ed i di-
« scorsi non hanno dunque nessuna forza legale: essi espri-
« mono il pensiero dell'oratore e non quello del Corpo legis-
« lativo » (1).

Abbiamo così dimostrato come gli argomenti, diremo, *positivi*, cioè quelli che sono invocati dal celebre professore belga per costruire la sua dottrina, non hanno valore.

Vediamo ora quale sia l'efficacia degli argomenti negativi, cioè di quelli coi quali cercò difendersi dalle opposizioni che la giurisprudenza e gli scrittori avversarii mossero contro la sua interpretazione.

I. Fu pur già notato come la spiegazione vagheggiata dal Laurent viene combattuta dal posto del codice dove si rattrova collocato l'art. 694. Si osservò che se questo avesse il senso da noi contrastato, dovrebbe essere situato non nella Sezione

(1) LAURENT, *Corso Elementare di diritto civile*, vol. I, p. 14, Napoli, Vallardi Editore 1881.

che tratta dello *stabilimento delle servitù,* ma dopo l'art. 705, il quale ragiona della *estinzione* delle medesime per la *confusione,* cioè quando i due fondi si riunissero nelle mani di un solo proprietario, alla quale estinzione di servitù per la confusione, derogherebbe la disposizione contenuta nell'art. 694. Il Laurent risponde che il suddetto errore di classificazione non proverebbe che la interpretazione da lui adottata sia erronea.

Non possiamo disconoscere che un semplice difetto di ordinamento non sarebbe forse sufficiente a sconfiggere una data spiegazione di un articolo del codice. Ma ciò può ritenersi quando la migliore vagheggiata interpretazione sia evidente, perchè si fonda sopra solide basi. Altrimenti, perchè dovremmo ritenere che il legislatore fosse incorso in un errore di disposizione, quando non vi è alcuna valida ragione la quale ci costringa a ritenere per vera la nostra supposta migliore spiegazione, la quale dovrebbe far collocare l'articolo in altro luogo del codice?

Ora non ci si porge alcun solido argomento in sostegno della interpretazione dal Laurent data all'art. 694, che secondo la sua stessa confessione sarebbe stato *assai mal collocato* sotto il titolo che tratta dello *stabilimento delle servitù.*

Leggendo il suo ragionamento sulla presente controversia, si ravvisa che i suoi argomenti li desume dalle parole *continua* e *servitù* che si leggono nell'articolo disputato e dal discorso del tribuno Albisson.

Ora innanzi abbiamo dimostrato come sarebbe un grave errore legale pensare che durante la riunione dei due fondi nelle mani dello stesso proprietario, possa *continuare* a sussistere una *servitù* nel significato rigorosamente giuridico, supposto dall'illustre professore di Gand.

Però è assurda la spiegazione datane dal tribuno e della medesima bisogna tenere quel conto che lo stesso Laurent ci convince di dover fare di altre simili opinioni manifestate nell'occasione dei lavori preparatorii.

Ma se dunque le parole adoperate dal legislatore non possono avere il senso dal Laurent vagheggiato, su quale altro fondamento si poggia la sua dottrina? Noi riteniamo che non vi sieno nè vi possano essere altre ragioni, perchè egli che col più grande accanimento e col suo poderoso intelletto si sforzò di combattere la *costante giurisprudenza delle Corti di Francia e del Belgio,* non riesce ad indicarne altre. Però in simili condizioni non pare ammessibile l'ipotesi dell'errore di classificazione dell'art. 694.

II. Un'altra delle principali obbiezioni che si oppongono alla esposizione del Laurent è questa. Secondo la dottrina da lui propugnata si aggiunge una condizione che non si legge affatto nell'art. 694.

Infatti si obbliga colui che invoca questo articolo a produrre

il titolo pel quale la servitù è stata originariamente costituita, mentre la legge non altro richiede che la prova della esistenza di un segno apparente di servitù e che il contratto non contenga alcuna convenzione relativa alla medesima.

Egli risponde col seguente ragionamento:

« Noi abbiamo per lo innanzi risposto alla obbiezione; se « egli è vero, che l'art. 694 prevede il caso di servitù estinta « per confusione, bisogna naturalmente, che colui che pre- « tende che essa continui ad esistere, provi che essa ha esi- « stito.

« La necessità della prova risulta dunque dagli stessi ter- « mini della legge, *se la s'interpreti come fece il relatore del* « *Tribunato* ».

Evidentemente qui il Laurent si raggira in un circolo vizioso. Difatti egli comprende il valore della gravissima obbiezione che si promuove contro la sua interpretazione la quale, esigendo più di quello che il testo impone e sorpassando a dirittura la legge, richiede la prova della esistenza giuridica della servitù prima che i due fondi si fossero riuniti nel dominio di un solo proprietario. Però cerca cansare la grave difficoltà di ritrovare una risposta adeguata, col dire che la necessità della prova risulta dagli *stessi termini della legge se la s'interpreti come fece il relatore del Tribunato.*

Ora innanzi noi dimostrammo, invocando pure l'autorità dello stesso Laurent, che nei lavori preparatorii spesso si leggono i più grossolani errori, e che certo mai non sia lecito contraddire il significato giuridico di un testo di legge. Per la qual cosa non si potrebbe mai consentire all'Albisson che nelle parole *continua ad esistere* si fosse potuto racchiudere il concetto di una servitù tuttora esistente, malgrado che i due fondi si riunirono nel potere di un solo proprietario. Che l'opinione del relatore del Tribunato apertamente manomette il principio sancito nell'art. 705 che *qualsivoglia servitù si estingue e non possa* CONTINUARE *a sussistere quando la proprietà del fondo dominante e quella del servente si riuniscono in una sola persona.*

Ora se il commento dell'Albisson deve essere ripudiato, riesce facile l'inferire come il Laurent non adduca veruna ragione per giustificare il grave obbligo di dimostrare l'esistenza di una precedente antica servitù tra i due fondi, mentre il peso di una simile prova non viene imposto punto dall'art. 694, e non lo si può nemmeno ricavare dai termini dallo stesso adoperati.

III. I sostenitori dell'opinione manifestata dalla costante giurisprudenza delle Corti di Francia e del Belgio non rinvengono alcun motivo ragionevole per la differenza indotta, con l'interpretazione dell'Albisson, fra l'ipotesi nella quale il proprietario unico dei due fondi avesse egli stesso posto le cose nello stato dal quale risulta il servizio di un fondo in favore di un

altro, e l'ipotesi nella quale la servitù esisteva innanzi la riunione dei due predii. Nella prima supposizione l'art. 692 esige che la servitù sia continua ed apparente, di maniera che un passaggio, quantunque praticato mentre i due fondi erano sotto la medesima mano, quantunque si annunziava per un'opera esteriore, non si stabilirà per destinazione al momento che i due fondi sono separati. Frattanto questo passaggio diverrà una servitù, se prima della riunione dei fondi esso è stato praticato a titolo di servitù. Quale è la ragione di una differenza così considerevole? Non è egli evidente che i due casi in fondo sono del tutto identici? E perchè applicare loro regole differenti? Giammai alcuno, dice il Mourlon (1), perverrà a giustificare una simile distinzione.

Laurent sostiene che nella seconda ipotesi essendo che la servitù prima della riunione dei due fondi ebbe valida esistenza giuridica, vi hanno dei motivi serii per ristabilirla. Il Rodière (2) su questo proposito osserva che non può ammettere un concetto così strano. Difatti bisognerà ritenere che le nuove destinazioni di servizii di un fondo verso l'altro contengano più sicura la prova della necessità o della utilità delle medesime, che non la dimostrano le antiche destinazioni di servitù, le vestigia delle quali possono continuare ad esistere anche quando l'utilità delle medesime è cessata; mentre mai non si stabilisce una recente e nuova destinazione di servizio di un fondo in favore di un altro, se non quando vi è la recente e positiva necessità o almeno utilità della stessa. Lo spirito della legge sarebbe quindi anche contrario alla interpretazione supposta dal tribuno Albisson.

Sarà opportuno da ultimo rimuovere talune obbiezioni che il Laurent adduce contro la teorica professata dal Demolombe, dall'Aubry et Rau, da altri scrittori ed infine dalla costante giurisprudenza.

Secondo la dottrina propugnata dalla giurisprudenza non vi è alcuna ragione, egli dice, che giustifichi la derogazione che dall'articolo 694 si apporterebbe all'articolo 692. Difatti la differenza consisterebbe soltanto nel vedere se quando i fondi vennero divisi, fu o no redatta una scrittura. E nel supposto che questa fu compilata, sarebbe il caso di applicare l'articolo 694, e quando non ne fu fatta alcuna sarebbe da ricorrere all'articolo 692. A noi queste osservazioni non sembrano esatte. In effetti l'articolo 694 non richiede l'esibizione di un contratto SCRITTO nel quale non si contenga veruna convenzione relativa alla SERVITÙ. La suddetta disposizione invece richiede soltanto che colui che invoca lo stabilimento di una servitù discontinua

---

(1) MOURLON, vol. I, p. 812.
(2) RODIÈRE, Osservazioni sull'arresto della Cassazione di Parigi dei 30 novembre 1853. *J. du Palais*, II, pag. 577.

mercè la semplice esistenza di un segno apparente di servitù al tempo della separazione dei due fondi dimostri ancora che il *contratto* sia *scritto* o *verbale* (la legge non distingue) non contenga alcuna convenzione relativa alla servitù. Che se il Demolombe fa menzione del titolo scritto, non è certamente da pensare che ne faccia cenno come di un caso tassativo, ma semplicemente come di un caso esemplificativo, il più facile a presentarsi, dell'*id quod plerumque accidit*, trattandosi di contratti importanti, perchè relativi a disposizioni di beni immobili e però capaci di servitù. E la disposizione diversa contenuta nei suddetti due articoli 692 e 694 può divenire interessante quando o il titolo scritto relativo alla separazione dei due fondi non possa prodursi, per essere per l'oblivione del tempo non noto a colui cui interessa esibirlo, sia per altre ragioni smarrito o distrutto, sia infine, quando la scrittura non fu redatta e non si possono rinvenire testimoni consapevoli del fatto che nel *contratto* relativo alla separazione dei due fondi non vi fu *veruna convenzione relativa alla servitù.* In siffatte ipotesi non potendosi dimostrare da colui che invoca lo stabilimento della servitù il *consenso tacito* derivante dal *silenzio serbato* nel contratto, il segno apparente della servitù discontinua nel momento della separazione dei due fondi, non escluderebbe la possibilità del fatto che nella convenzione che divise i predii fosse stato pattuito il divieto della continuazione del servizio che l'uno dei fondi prestava all'altro. E non essendo rimossa però una simile possibilità di proibizione, il consenso tacito derivante dal silenzio serbato, non resterebbe dimostrato, e quindi il semplice segno apparente della servitù, non corroborato nè da consenso *espresso* nè da *tacito*, rimarrebbe *equivoco*, ed in conseguenza inefficace a dimostrare l'effetto giuridico del trasferimento della servitù.

Crediamo poi che non sia punto fondata la censura dal Laurent fatta alla giurisprudenza, la quale ritiene che un segno apparente di passaggio non basta allorquando è provato che il proprietario non avea avuto l'intenzione di creare fra i diversi fondi un rapporto permanente di servizio in favore del fondo, ma che il passaggio venne invece stabilito per comodità puramente *personali* al proprietario unico dei due fondi per potere accedere dall'uno all'altro. La censura non è fondata, perchè l'articolo in disamina ragiona del segno apparente di una servitù stabilita in vantaggio di un predio, e le comodità *personali* di accesso non sarebbero certamente stabilite che in pro del proprietario e non dei suoi fondi, e questa idea si rende evidente quando si consideri che ove i due poderi cessino di appartenere ad un unico proprietario, viene meno puranco l'utilità della servitù pretesa, la quale sarebbe destinata non in vantaggio del fondo, secondo il carattere essenziale della servitù prediale, ma nel vantaggio personale del proprietario e finchè questi goda la proprietà dei due fondi.

Afferma ancora l'illustre professore di Gand che i sostenitori della dottrina da lui oppugnata, restringendo la parola della legge, ritengono che il *segno apparente* debba consistere in un'opera d'arte fatta dalla mano dell'uomo. Questa sua osservazione è sfornita di qualsiasi fondamento. Ecco come il Demolombe, che certo fu il più strenuo campione della dottrina dal Laurent combattuta, ribatte la suddetta asserzione:

« L'articolo 615 non richiede che il *segno apparente di ser-* « *vitù* consista in opere artistiche, di fabbrica o altro » (1).

Non è però da meravigliare come la dottrina da noi propugnata, al dire dello stesso Laurent, venne sempre accolta dalla costante giureprudenza francese e belga, e noi aggiungeremo napoletana, la quale certamente, quando ebbe a disaminare in un modo *espresso e diretto* la soprascritta quistione, non la decise altrimenti, che la giurisprudenza formata presso le nazioni dove ha impero il codice francese.

Ed a convincersene basterà leggere dopo questo nostro scritto l'opinione uniforme manifestata da Michele Agresti che fu certamente uno dei più eminenti uomini che onorarono la magistratura di queste meridionali provincie.

Ed una simile spiegazione del controverso articolo 694 predilessero i commentatori del codice di procedura sardo signori Pisanelli, Mancini e Scialoia. Su questo proposito essi scrissero: « A che questa condizione dell'esistenza d'*un segno apparente* « se si fosse voluto parlare unicamente di servitù *continue ed* « *apparenti?* Ed il giro intero dell'articolo, in cui non è alcuna « parola che si riferisca ai precedenti non lascia intendere che « il legislatore volle dargli una *comprensione maggiore?* La « legge ha distinto il caso delle servitù continue apparenti da « quello di tutte le altre, appunto perchè le prime stanno di « per sè » (2).

Il codice italiano dopo di avere prescritto nell'art. 629 che la destinazione del padre di famiglia può stabilire soltanto le servitù *continue ed apparenti* ha mutato il dettato degli articoli 693 e 694 del codice francese nei seguenti precisi termini che si leggono negli articoli 632 e 633.

632. *La destinazione del padre di famiglia ha luogo quando consta per qualunque genere di prove, che due fondi, attualmente divisi, sono stati posseduti dallo stesso proprietario, e che questi pose o lasciò le cose nello stato del quale risulta la servitù.*

633. *Cessando i due fondi di appartenere allo stesso proprietario, senza alcuna disposizione relativa alla servitù, questa s'intende stabilita attivamente o passivamente a favore o sopra ciascuno dei fondi separati.*

---

(1) Demolombe, vol. VI, delle Servitù prediali, n. 821 e 823.
(2) *Commentario del codice di Procedura civile per gli Stati Sardi,* compilato dai signori P. S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scialoia, Vol. I, parte 2.ª, pagina 560.

parti, le quali vollero che tra i due fondi continuasse a perdurare lo stato di servizio preesistente alla loro separazione. L'esercizio di una servitù continua ed apparente, anche senza alcun titolo, si presume che si avveri *animo domini* e non a tiolo di buon vicinato o di tolleranza. Però la continuazione dello stato dei luoghi, secondo innanzi era stabilito, porta con sè la prova scolpita sulla faccia del luogo del consenso almeno tacito delle parti contraenti per lo stabilimento della servitù, il quale si attua, mercè la continuazione del servizio continuo e permanente che l'uno dei fondi prestava all'altro, anche prima della loro separazione. In questo caso, disse il legislatore, non sarà mestieri dimostrare il consenso espresso o almeno tacito dei contraenti, il quale ultimo consenso si desume dal silenzio da essi serbato nel contratto relativamente alla controversa servitù. Non sarà mestieri dimostrarlo, perchè versandosi nel caso di servitù *continua* ed *apparente*, lo stato dei luoghi parla da sè, mentre l'esercizio di simili servitù non potrebbe essere ritenuto come equivoco, come fondato sopra atti di tolleranza, ma fondato invece sopra atti punto equivoci, perchè il possesso di una servitù *continua* ed *apparente*, di per sè solo considerato, si *presume* sempre esercitato *animo domini* e non a titolo di mera tolleranza o di buon vicinato.

Quando invece si tratta del caso di una servitù apparente, ma discontinua, la circostanza della precedente destinazione fatta dal proprietario dei due fondi, riuniti alla prova della esistenza di un segno apparente di servitù nel momento della loro separazione, non costituisce una prova o una presunzione *iuris tantum*, mercè la quale sia lecito inferire, se non l'espresso almeno il tacito consenso dalle parti prestato per la continuazione della servitù, mercè il silenzio serbato relativamente alla medesima nella convenzione che separò la proprietà dei due fondi. E la ragione è anche manifesta. Il legislatore in fatto di servitù discontinue, mancando la prova del titolo, sebbene l'esercizio delle medesime sia attestato da segni apparenti, non presume che il medesimo sia praticato per l'effetto dell'uso di un diritto, ma a differenza della servitù *continua* ed *apparente* presume invece che l'esercizio sia praticato a titolo di semplice tolleranza o di buon vicinato. Però logicamente venne stabilito dall'art. 694 che versandosi nell'ipotesi di una servitù discontinua, la semplice esistenza di un segno apparente di servitù non fosse bastevole a far presumere, se non l'espresso, almeno il tacito consenso prestato dalle parti, mercè il silenzio serbato nel contratto relativamente alla continuazione della servitù; e però incombesse a colui che invochi la servitù, esibire la prova almeno del consenso tacito; dimostrando come richiede espressamente l'art. 694 nella specie di servitù discontinue, sebbene apparenti, CHE IL CONTRATTO NON CONTENGA CONVENZIONE RELATIVA ALLA SERVITÙ. E ciò, ripetiamo, era richiesto perchè colui che voleva far qualificare non come derivante da tolleranza

l'uso d'una servitù discontinua, doveva dimostrarlo con un titolo, col quale, se non espressamente, almeno in un modo tacito ne fosse giuridicamente corroborato l'esercizio, mentre nelle servitù *continue* ed *apparenti*, per le quali l'esercizio *anche di per sè solo considerato sempre si presume a titolo di un diritto rigoroso*, una tale prova non è punto richiesta. E di vero l'art. 692 dice che di per sè sola considerata *la destinazione del padre di famiglia nelle servitù continue ed apparenti* TIENE LUOGO DI TITOLO.

E non richiede punto il suddetto articolo quello che prescrive il seguente 694, cioè a dire che colui che invoca la destinazione del padre di famiglia nella specie di una servitù discontinua deve dimostrare che *il contratto non contenga veruna convenzione relativa alla servitù.*

Tale dottrina concilia maravigliosamente il testo e lo spirito della legge. Il testo, perchè in siffatta maniera ogni parola viene spiegata, e non si aggiungono o creano disposizioni che non si leggono punto nel tenore dell'art. 694, siccome invece avviene coll'interpretazione fattane dal Laurent, dal Marcadé, dal Troplong e dallo Zachariae.

Risponde allo spirito della legge, perchè le legislazioni moderne certamente non equiparano la condizione delle servitù *continue* apparenti e quella delle *discontinue* apparenti. Trattandosi delle prime l'esercizio delle medesime è sempre presunto come l'uso di un diritto rigoroso, mentre le seconde hanno bisogno di un titolo qualsiasi che ne colori legalmente l'esercizio, e però, in questo secondo caso, a colui che invoca la servitù incombe dimostrare il consenso espresso, o almeno tacito, col quale viene corroborato il fatto *equivoco* della semplice esistenza di un segno apparente d'una servitù discontinua.

Esaminiamo ora ponderatamente le ragioni colle quali il Laurent cerca fondare la sua dottrina. I suoi argomenti li possiamo classificare in due categorie, e denominare *positivi* quelli coi quali tende a costruire la sua teorica, e *negativi* quelli coi quali mira ad abbattere le obbiezioni che la giureprudenza e gli scrittori promossero contro la sua interpretazione.

Uno dei principali argomenti Laurent lo desume dalle parole *continua ad esistere*, che si leggono nel testo dell'articolo controverso.

« L'art. 694 (egli dice) non dichiara affatto che una servitù
« è stabilita, ma che essa continua ad esistere. Questa energica
« espressione, chiaramente dimostra che non si tratta punto
« di stabilire una novella servitù, una servitù che non ebbe
« mai esistenza. Vi era una servitù, essa esisteva, e con-
« tinua ad esistere perchè vi è un segno apparente che
« l'annunzia. Ecco l'ipotesi di Albisson: essa è scritta nel
« nostro testo; il relatore del Tribunato non ha dunque imma-

zione del proprietario se non per le sole servitù apparenti e continue; ma nell'art. 615 si devia da questa regola, poichè la legge stabilisce la servitù sulla circostanza unica di osservare un segno apparente. Quindi la disposizioue dell'art. 615, che non si conforma in tutto alla regola precedentemente stabilita, deve considerarsi come un'eccezione alla regola.

Rileva poco che l'art. 615 sia scritto in continuazione degli altri sopra citati articoli, subito che ne diversifica la disposizione; anzi nella prossimità degli enunciati articoli, il contrasto che forma l'eccezione alla regola, è anche il più sensibile.

La legge che nell'articolo 613 aveva elevato a titolo la destinazione del proprietario per le servitù apparenti e continue, nell'articolo 615 non ha più curato la coesistenza di questi due estremi, e si è limitata alla circostanza che la servitù risulti unicamente da un segno apparente.

Certamente la disposizione della legge relativa alla destinazione del proprietario ha per base unica il motivo espresso di sopra; ma l'additato motivo sussiste sempre, ogni qualvolta vi sia un segno apparente dello stato preesistente dei due fondi.

Gl'interessati, che riconoscono a quel segno la servitù esistente e si stanno in silenzio, annunciano di non voler deviare da quello stato; non esprimendo essi una volontà contraria a ciò che mostra la situazione attuale delle cose.

Si aggiunge che la destinazione del proprietario porta seco la pruova di un vantaggio nello stabilimento della servitù: idea che meglio si spiega con un esempio.

Tizio è possessore di una casa e di un terreno adiacente; in questo vi è una sorgiva, le cui acque abbondanti possono utilmente servire al doppio uso del terreno e della casa. Costruisce egli un pozzo nella sottoposta sorgiva per attingere l'acqua dagli appartamenti superiori della casa. La servitù, apparente ma discontinua, di attingere l'acqua diminuisce di poco il valore del terreno che ne soffre la soggezione, aumenta però molto di più il valore della casa; cosicchè i due fondi nell'esistenza della servitù, offrono un valore maggiore che nella sua inesistenza.

Non è presumibile che, nel silenzio, si sia inteso di diminuire questo valore nascente dall'esistenza della servitù; ciò che sarebbe sempre in danno del proprietario.

Ritenendo per sè il terreno sgombro da servitù, questo vantaggio non lo compenserebbe dalla perdita assai maggiore sul minor valore della vendita della casa depreziata. Ritenendo per sè la casa, al danno del suo depreziamento non troverebbe un compenso sufficiente sul prezzo di poco maggiore della vendita del terreno.

Una spiega del contratto in questo senso non è ammissibile, dappoichè niuno stipula volontariamente a proprio danno.

Che se si opponga che ciò avviene anche nel caso degli articoli 613 e 614, non vi è che una risposta a dare.

Deve forse desiderarsi che la provvida cura della legge riformi l'articolo 613 nel senso dell'articolo 615; ma se dei due articoli, ne' casi che vi sono rispettivamente preveduti, il primo si trova meno conforme del secondo all'utile come alla volontà presunta dagl'interessati, bisogna seguire la disposizione letterale del detto articolo 615, non bisogna punto alterarla con aggiungervi un estremo, che nè l'articolo nè il bene dei privati richiede (1).

APPENDICE XVIII (2).

Della divisibilità del canone enfiteutico

Nelle enfiteusi dei beni ecclesiastici avvenute in Sicilia in esecuzione della legge del 10 agosto 1862, specialmente se i contratti furono stipulati dopo l'emanazione del codice civile italiano e sotto l'impero delle sue disposizioni, le divisioni ed alienazioni parziali del fondo enfiteutico producono l'effetto della proporzionale divisione del canone, ovvero il canone è sempre dovuto integralmente per tutta l'estensione del fondo da ogni possessore di una parte qualunque del fondo medesimo?

La questione è importantissima pei suoi effetti giuridici ed economici massimamente nelle' provincie d'Italia ove tuttora una grande estensione di terre trovasi conceduta in enfiteusi.

La semplice enunciazione della questione stessa dimostra potersi la medesima esaminare per le enfiteusi dei beni ecclesiastici di Sicilia sotto un doppio aspetto:

1.° Con le norme della legge speciale del 10 agosto 1862 regolatrice di queste enfiteusi;

2.° Con le disposizioni del nuovo codice civile italiano, se i contratti furono stipulati sotto il suo impero.

---

(1) Agresti, *Decisioni delle Gran Corti civili*, vol. I, pag. 5 e 6.

(2) La divisibilità od indivisibilità del canone enfiteutico è quistione molto dibattuta nella dottrina e nella giurisprudenza italiana. Crediamo che riusciranno utili ed aumenteranno pregio all'opera le due monografie che qui riportiamo come Appendici, una di P. S. Mancini in sostegno della divisibilità, e l'altra del professore N. De Crescenzio in senso inverso.

Sotto entrambi gli aspetti la *divisibilità* del canone è una verità di evidenza intuitiva per chi scrive queste pagine, da che per la parte da lui presa tanto nella discussione parlamentare della legge del 1862, quanto nella definitiva compilazione del codice civile, egli non può ignorare le intenzioni del legislatore italiano, e non deve che consultare la propria memoria e la propria coscienza.

Norme della legge speciale.

Con sentenza, in verità non priva di qualche inesattezza, la Corte d'appello di Catania nel 4 dicembre 1875, confermando quella del tribunale civile, giudicò nel senso della divisibilità del canone, ma la Corte suprema di Roma con sua sentenza del 28 marzo 1878, togliendo occasione da quelle inesattezze, e senza consacrare un profondo esame alla legge del 10 agosto 1862, fu dal ricorso dell'avvocatura erariale indotta in un materiale equivoco circa l'interpretazione dell'articolo 23 della legge medesima, e quindi, in contraddizione alle conclusioni di rigetto del pubblico ministero, accolse il ricorso nell'interesse del demanio, ed annullata la sentenza della Corte di Catania, rinviò la causa alla Corte di Messina.

Ma la Corte di rinvio, con nobile indipendenza, sottoposta la questione a nuovo accurato studio, dovè riconoscere la debolezza dei dubbii e delle obbiezioni che servirono di fondamento al pronunziato della Corte suprema, e nella pienezza del suo convincimento si associò anch'essa al giudizio pronunziato dalla Corte di Catania.

Questa nuova sentenza della Corte di Messina, per l'ampiezza ed efficacia de' suoi ragionamenti merita ammirazione e plauso.

In sostanza la questione è letteralmente decisa dall'ultimo alinea dell'articolo 23 della legge anzidetta, così concepito: « In ogni caso di divisione il canone seguirà la divisione del fondo enfiteutico ».

Ma il demanio, sofisticando sul significato della parola *divisione*, e ravvicinando l'articolo 23 ed altri articoli precedenti della medesima legge, si affatica per far credere applicabile l'ultimo alinea dell'articolo 23 non già alle eventuali divisioni del fondo enfiteutico che avrebbero luogo per contratti e disposizioni posteriori alla stipulazione dell'enfiteusi e per fatto dell'enfiteuta, ma soltanto alla anticipata generale divisione o partizione in lotti della massa de' beni da concedersi in enfiteusi, partizione prescritta nella legge stessa ed eseguita anteriormente a qualunque concessione enfiteutica.

Ad avvalorare questo assunto si aggiunge come ragione accessoria, che il demanio direttario potrebbe altrimenti essere danneggiato da una sproporzionata e fraudolenta divisione successiva del canone da parte degli enfiteuti.

Ma un tale assunto è una misera ed impotente cavillazione, esclusa dalle espressioni amplissime della legge *in ogni caso di divisione*, nonchè dallo scopo dell'articolo 23 messo in rapporto coll'intera economia della legge stessa.

In vero basta leggere quell'articolo per convincersi che nel medesimo si prescrivevano le norme regolatrici dei futuri contratti di enfiteusi dei beni ecclesiastici di Sicilia. Non si volle che tali contratti fossero stipulati interamente in conformità del diritto comune enfiteutico allora vigente in Sicilia e consistente nel tit. IX del lib. III delle *leggi civili pel regno delle Due Sicilie del 1819*.

Contro il contratto di enfiteusi, che in sè raccoglieva tanta parte delle tradizioni feudali, e vincolando la proprietà delle terre, ne impediva la libera circolazione, eransi elevate voci di biasimo e di condanna dalla moderna scuola giuridica ed economica. Questo contratto era scomparso in Francia nel codice Napoleone, ed in Piemonte nel codice Albertino; e parimenti era stato completamente escluso dal progetto governativo del nuovo codice civile italiano. I giureconsulti del Piemonte trovavano numerosi seguaci in altre regioni d'Italia nella loro avversione alle enfiteusi, già abolite dal Parlamento Subalpino negli Stati Sardi, con apposita legge del 13 luglio 1857.

Senonchè un opposto convincimento dominava nell'animo di chi scrive queste pagine e del compianto ed illustre suo amico Giuseppe Pisanelli. Essi erano persuasi che specialmente nell'Italia meridionale, ed anche in qualche altra provincia della Penisola ove abbondavano tuttora terre incolte o paludose e bonificabili, il contratto di enfiteusi, che già tanto aveva contribuito al miglioramento delle terre e dell'agricoltura in altri tempi ed in altri paesi, avesse tuttora ad apprestare importanti benefizii. Era però necessario che venisse spogliato dei vizii tradizionali, e coordinato col principio della libertà dei dominii e della libera circolazione dei beni, il che non poteva ottenersi se non con l'abolizione dei laudemii e dei diritti di prelazione in favore dei direttarii, nonchè con l'affrancabilità e con la libera alienabilità e divisibilità del dominio utile, senza distinguere le alienazioni *generali* o *parziali*, donde derivava come naturale conseguenza che il canone, come peso reale inerente all'estensione dell'intero fondo, seguir dovesse con proporzionale divisione le parti del medesimo, che le alienazioni e divisioni portassero in potere di distinti possessori.

L'enfiteusi, così ringiovanita e ammodernata, avrebbe prodotto tutti i vantaggi di cui quel contratto fosse suscettivo, nessuno degli inconvenienti. E già qualche esempio di codesta riforma del sistema enfiteutico erasi dato in altri civili paesi, giovando specialmente rammentare un'apposita legge belgica. Ed in Italia anche prima del nuovo codice civile erasi vagheggiata una somigliante riforma, e studiato da una Commissione gover-

nativa uno speciale disegno di legge, che poi mancò il tempo di presentare al Parlamento (1).

Tali erano dunque le idee dominanti sulle riforme da introdursi nella legislazione intorno alla enfiteusi, allorchè veniva in discussione alla Camera dei deputati il progetto di legge sulla enfiteusi coattiva dei beni ecclesiastici in Sicilia. Con tutto il rispetto dovuto al supremo collegio di Roma, non dubitiamo di affermare, che se il medesimo, anzichè prestar facile fede alle poco ponderate e fallaci assertive ed immaginarie supposizioni propugnate dall'avvocatura erariale con energia di proposito degna di una causa meno ingiusta, avesse consultato i documenti parlamentari ed il rendiconto ufficiale della discussione della controversa legge del 10 agosto 1862, immediatamente avrebbe riconosciuto il vero, e sarebbero sgombrate le cavillose sottigliezze e le insussistenti pretensioni addotte nell'interesse del demanio.

Il progetto di legge sulla enfiteusi coattiva dei beni ecclesiastici di Sicilia era stato proposto per iniziativa parlamentare dal deputato Corleo nella tornata del 25 marzo 1861, e conteneva ben pochi articoli. Dopo essere stato preso in considerazione ne fu affidato l'esame ad una Commissione parlamentare, la quale per mezzo dell'onorevole Ugdulena suo relatore, presentò la relazione nella tornata del 2 luglio 1862. La Commissione ampliò il progetto, accrescendo i suoi articoli fino al numero di 35 e dopo aver determinato la ripartizione della massa dei beni ecclesiastici in tanti lotti, provvide alla determinazione delle norme secondo le quali dovessero stipularsi le singole concessioni ad enfiteusi dei beni suddetti. A tale scopo fu specialmente consacrato l'articolo 23.

Ma è importantissimo che qui si osservi in quali termini la commissione aveva proposto l'articolo 23. Essa non aveva il coraggio di romperla con le antiche tradizioni; e sebbene introducesse qualche modificazione al diritto comune sull'enfiteusi, cioè al tit. IX delle leggi civili delle Due Sicilie, pure non osava togliere ai corpi morali ecclesiastici direttarii il diritto di prelazione, nè risolvere contro di essi la questione, tanto dibattuta anche sotto l'impero di quelle leggi, circa la divisibilità dei canoni enfiteutici in caso di parziali alienazioni, anzi esplicitamente proponeva che fosse risoluta in favore de' direttarii medesimi, cioè per la indivisibilità.

Ecco il tenore dell'articolo 23 proposto dalla Commissione:

« Sulle basi della divisione e valutazione approvate come al-
« l'articolo precedente, le Commissioni procederanno alla reda-

---

(1) La Commissione per la proposta di un progetto di legge sulle enfiteusi fu creata con decreto del 16 giugno 1862, e così composta: Presidente Mancini; Vice presidente Reali; Membri: Cavallini, Mayn, Mosca, Panattoni, Trombetta; Segretario Romano.

« zione del quaderno di condizioni a termini di legge, e con-
« forme al tit. IX del codice civile vigente nelle provincie Si-
« ciliane, salve le seguenti modifiche:

« *a* — Non sarà nè pattuito, nè dovuto alcun laudemio in
« caso di vendita o di altra alienazione, salva la prelazione in
« favore del dominio diretto a termini di legge;

« *b* — Sarà espressamente stipulata la proibizione della
« sub-enfiteusi; la quale in tutti i casi sarà riputata nulla e
« come non fatta, ricevendo il succanone la natura di una sem-
« plice rendita;

« *c* — *In caso di divisione ereditaria o di altra aliena-*
« *zione, il canone sarà dovuto indivisibilmente sopra ogni*
« *parte del fondo enfiteutico* ».

Come si vede, la formola dell'ultima condizione importava appunto che, prevedendosi il caso di ulteriori divisioni del fondo, dopo che già fosse stato conceduto in enfiteusi, sia per la successione di più eredi al dominio utile, sia per qualsivoglia parziale alienazione dell'utile dominio, il debito del canone dovesse rimanere indivisibile nella sua integrità a carico di ciascun possessore di *ogni parte del fondo enfiteutico.*

Proponevasi insomma quello appunto che si pretende dal Demanio, e che le Corti di Catania e di Messina non ammisero.

Ma nella discussione del progetto di legge, che ebbe luogo nella Camera dei deputati nella tornata del 24 luglio 1862, i deputati Mancini, Panattoni e Salaris respinsero energicamente codesta proposta, nonchè l'altra del mantenimento del *diritto di prelazione* in favore dei direttarii; e con l'adesione della stessa Commissione parlamentare riuscirono a spogliare la nuova enfiteusi da codesti vizii tradizionali, apertamente dichiarando che intendevano con ciò anticipare le generali riforme del diritto comune delle enfiteusi nel prossimo codice civile italiano, e quindi introducendo nel testo dell'articolo 23 le radicali modificazioni che attualmente esso contiene.

Trascriviamo letteralmente, chè non potrebbesi far di meglio questa parte del rendiconto della tornata su menzionata.

« Mancini. — Avendo già fin da ieri annunziata la mia pro
« posta di non accordare ai direttari corpi morali ecclesiastici
« un *diritto di prelazione*, il quale, operando frequentemente
« il ritorno e consolidamento dei domini utili nei domini di-
« retti, andrebbe contro il provvido scopo della presente legge,
« ho formolato in tal senso un emendamento. Ed a questo ho poi
« aggiunto un'altra disposizione che mi sembra altrettanto es-
« senziale. In tutta la legge non è scritto in verun articolo che
« nei casi di devoluzione del dominio utile a favore del diret-
« tario (il che può avvenire per deteriorazione del fondo, per
« canoni non pagati e per altre cause di devoluzione stabilite
« dalla legge), il direttario ecclesiastico sia obbligato in un
« breve termine, che io proporrei di tre o di sei mesi, a ricon-
« cedere nuovamente in enfiteusi il fondo medesimo, serbate le
« stesse forme della presente legge.

« Quindi il mio emendamento sarebbe così formulato:
« Dopo di essersi statuito che queste enfiteusi rimangono re-
« golate dalle disposizioni del titolo *Dell'enfiteusi* contenute nel
« codice civile pel cessato regno delle Due Sicilie, *salve le se-*
« *guenti modificazioni,* sarebbe scritto come segue:
« *a*) Non sarà pattuito, nè avrà effetto qualunque diritto di
« prelazione in favore del dominio diretto, e parimenti non sarà
« pattuito, nè dovuto alcun laudemio in caso di vendita e di
« altra alienazione.
« *b*) In ogni caso di devoluzione del dominio utile al pa-
« drone diretto per deteriorazioni, per non pagamento di ca-
« noni o per qualunque altra causa, sarà obbligatorio pel di-
« rettario ecclesiastico concedere nuovamente il fondo ad
« enfiteusi fra tre mesi, nelle stesse forme stabilite dalla pre-
« sente legge.
« Io non credo di aver bisogno di ragionamenti per giustifi-
« care innanzi alla Camera queste due proposizioni.
« Ugdulena. — Accettiamo.
« Mancini. — Quanto alla prima, mi limiterò avvertire che ho
« creduto di porre in vista una correlazione giuridica tra la
« soppressione del diritto di *prelazione* e l'abolizione del *lau-*
« *demio,* essendo noto che il laudemio d'ordinario si considera
« come il prezzo, per dir così, del consenso che il padrone di-
« retto, a termini della legge, è in diritto di dare o rifiutare
« all'alienazione.
« Se dunque noi vogliamo abolito il laudemio; se abbiamo
« stabilito che, malgrado qualunque patto, esso non s'abbia a
« pagare alla classe dei direttari contemplati nell'art. 1 della
« presente legge; logicamente e giuridicamente dobbiamo pre-
« mettere (contro il testo del progetto della Commissione, e
« adottando invece la mia proposta) che non riconosciamo *di-*
« *ritto di prelazione* in codesti domini diretti, che il loro con-
« senso quindi non è più necessario; perchè il dominio utile
« alieni la parte di dominio che a lui appartiene, o soggiun-
« gere quasi di conseguenza che cessa altresì ogni obbligo di
« pagare il laudemio, e che, laddove esso si pattuisca, il patto
« abbiasi a riguardare deficiente di causa e quindi nullo.
« Quanto alla seconda parte della mia proposta, essa tende
« presisamente allo scopo di rendere efficace il sistema della
« legge e durevoli i suoi effetti; altrimenti, siccome è mante-
« nuta anche in questa enfiteusi la possibilità di ritorno o di
« devoluzione del dominio utile al domino diretto nei vari casi
« contemplati dalla legge comune sulla materia (eccettuata sol-
« tanto l'alienazione *irrequisito domino,* renduta libera in fa-
« vore degli utilisti), dopo il trascorrimento di alcun tempo noi
« vedremo forse per non poca parte di questi beni mancato lo
« scopo della legge, dappoichè non pagandosi il canone, o de-
« teriorandosi il fondo, o per altre ragioni cadendo l'enfiteuta
« *in commissum,* i domini diretti che sono i corpi morali eccle-

« siastici contemplati dalla presente legge, con aperta viola-
« zione del principii economici e giuridici che informano, tor-
« nerebbero a diventare proprietari pieni ed assoluti di questi
« fondi medesimi.

« Io credo di non aver necessità d'insistere sopra queste pro-
« poste con altre parole, parendomi che le medesime siano na-
« turali corollari di quei principii che ormai nella discussione
« di questa legge sembrano nella Camera col suo voto affermati
« e adottati.

« Presidente. — Leggo gli emendamenti che sono proposti
« dai deputati Mancini e Paternostro, cioè dopo le parole *salve*
« *le seguenti modificazioni,* si dovrebbe dire:

« *a*) Non sarà pattuito, nè avrà effetto qualunque diritto
« di prelazione in favore del domino diretto, e pariménti non
« sarà pattuito nè dovuto alcun laudemio in caso di vendita o
« di altra alienazione.

« *b*) In caso di devoluzione del dominio utile al padrone
« diretto per deteriorazioni, per non pagamenti di canoni o
« per qualunque altra causa, sarà obbligatorio pel direttario
« ecclesiastico concedere nuovamente il fondo ad enfiteusi fra
« tre mesi, nelle stesse forme stabilite dalla presente legge.

« La Commissione accetta questi emendamenti?

« Ugdulena, *relatore.* — La Commissione accetta l'emenda-
« mento dei deputati Mancini e Paternostro, perchè rientra per-
« fettamente nel sistema d'idee che informa tutto il progetto di
« legge.

« Devo anche far osservare che, se essa nel suo progetto pri-
« mitivo aveva mantenuto il *diritto di prelazione*, non inten-
« deva che questo fosse un diritto di prelazione propriamente
« detto, ma che i corpi morali od ecclesiastici, ottenuta questa
« prelazione, fossero obbligati a riconcedere il fondo, del quale
« ricadeva in essi l'usufrutto. Solamente aveva mantenuto questo
« diritto di prelazione per evitare certe *frodi* che nei contratti
« di vendita e di alienazione potevano incontrare i proprietari
« o direttari. Contro alle quali frodi ci sarebbero invero i ri-
« medi legali; ma siccome questi rimedi avrebbero potuto dar
« luogo a lunghi litigi ed a procedimenti dispendiosi, la Com-
« missione aveva creduto di poter troncare il nodo mantenendo
« il diritto di prelazione, diritto piuttosto nominale che reale,
« perchè s'intendeva che non potesse l'usufrutto del fondo re-
« star consolidato col dominio di proprietà nelle mani dei corpi
« ecclesiastici.

« Ora, rinunziando interamente a questo diritto di prela-
« zione, la Commissione accoglie come una conseguenza logica
« l'emendamento presentato dagli onorevoli Mancini e Pater-
« nostro.

« Presidente. — Pongo ai voti gli emendamenti presentati dai
« deputati Mancini e Paternostro.

« (Sono approvati).

« Leggo ora il paragrafo *b*) della Commissione che, attesi gli
« emendamenti testè accettati, divenga paragrafo *c*):

« *c*) Sarà espressamente stipulata la proibizione della subenfiteusi, la quale in tutti i casi sarà reputata nulla e come
« non fatta, ricevendo il succanone la natura di una semplice
« rendita.

« Il deputato Panattoni ha facoltà di parlare.

« Panattoni. — Ho chiesto la parola sulla lettera *c*).

« Presidente. — Ella intende così di parlare solamente sul-
« ultima parte dell'articolo che verrà ad essere notata colla
« lettera *d*).

« Se non vi sono opposizioni, questa lettera *c*) si intenderà
« approvata.

« (È approvata).

« Ora siamo alla lettera *d*):

« *d*) In caso di divisione ereditaria o di altre alienazioni,
« il canone sarà dovuto indivisibile sopra ogni parte del fondo
« enfiteutico.

« Il deputato Panattoni ha facoltà di parlare.

« Panattoni. — Prego la Commissione di voler consentire ad
« un emendamento su quest'alinea.

« Se noi rendiamo *indivisibile* il canone, accade una grande
« complicazione nelle contrattazioni. La solidarietà accompagna
« tutte le frazioni del fondo diviso, quindi è un inceppamento
« ed imbarazzerebbe gli interessi dei diversi proprietari. In-
« tendo che il troppo frazionare potrebbe condurre ad altri
« sconcerti, giacchè il concedente o domino diretto, se la fra-
« zione non fosse limitata, potrebbe trovarsi a ricever troppo
« danno. Quindi io proporrei che fosse *divisibile*, finchè non è ri-
« dotta alla quota del quarto o altra che sia più congrua.

« Salaris. — Domando la parola.

« Presidente. — Ha facoltà di parlare.

« Salaris. — Acconsento di buon grado al principio enunciato
« dall'onorevole Panattoni.

« Devo però dichiarare di non seguirlo in tutte le conseguenze
« da lui accennate, e molto meno nell'adottare le distinzioni che
« vorrebbero introdurre in quest'articolo.

« A me pare che generalmente si potrebbe l'articolo conce-
« pire in questi termini:

« *In caso di divisione ereditaria, il canone seguirà la divi-*
« *sione del fondo enfiteutico* ».

« Il principio che domina questa legge è certamente quello
« di svincolare le proprietà in tempo non lontano, e di resti-
« tuire in commercio un'immensa quantità di beni rurali pos-
« seduti da manimorte.

« Ora questo principio *non verrebbe attuato nella sua inte-*
« *grità,* se si ammettesse l'*indivisibilità del canone o di una*
« *quota del medesimo.* Ammettendo che si possa dividere il fondo,
« sanzioniamo ancora che *il canone si divide in egual maniera*

« acciò ciascun erede sia solamente tenuto corrispondere la
« quota del canone che corrisponde alla porzione del fondo che
« possiede.

« Ma, signori, havvi una ragione anche più forte per respin-
« gere ogni restrizione del principio di libertà.

« Ammettasi infatti il contrario, e ne seguirebbe che niuno
« degli eredi potrebbe affrancare la sua parte del fondo senza
« o pagare intiero il canone, o senza il consenso o concorso
« degli altri coeredi, lo che sarebbe porre tutti gli eredi in una
« difficile condizione.

« Io pregherei la Commissione di accettare nettamente il
« *principio della divisione del fondo e della divisione del ca-*
« *none, qualunque sia la entità e la proporzione del canone*
« *e qualunque sia la proporzione del fondo*. Voglio pur lusin-
« garmi che l'onorevole Panattoni acconsentirà a togliere ogni
« restrizione, la quale sarebbe un ostacolo all'affrancamento
« dell'enfiteusi.

« Ugdulena, *relatore*. — La Commissione accetta l'emenda-
« mento come è proposto dal deputato Salaris, che è molto più
« largo di quello proposto dal deputato Panattoni: nella reda-
« zione di quest'articolo non aveva creduto introdurre un *prin-*
« *cipio nuovo*, ma aveva seguìto la legislazione generale vigente
« in Sicilia; adesso adotta *come logico e risultante dal dettame*
« *della scienza*, l'emendamento dell'onorevole Salaris, che fa che
« la presente legge sia in questa parte come una anticipazione
« della legge generale che va a farsi sopra le enfiteusi in tutto
« il regno.

« Panattoni. — Ho sempre sentito in pratica farsi grandi
« questioni sulla *divisibilità* del canone. Tale questione vuol
« essere misurata con due riguardi: uno relativo alla commer-
« ciabilità dei beni e l'altro al troppo scomodo che verrebbe
« ai direttari, ove si ammettesse una divisibilità indeterminata.
« È per questo che aveva proposto un temperamento o riparo.
« Prego infatti l'onorevole Salaris a considerare che, se noi
« ammettiamo la *divisibilità all'infinito*, noi metteremo i di-
« rettari nel caso di perdere una parte di canone nelle spese
« della frazionata riscossione, e di dover intentare giudizio di
« caducità anche per tenuissime frazioni.

« Nè mi trattiene poi la difficoltà dell'onorevole Salaris, che
« non si faccia facilmente la vendita dei beni se non si lascia
« facoltà di frazionare i canoni, poichè è bastante il lasciare
« che si suddividano i canoni fino al quarto, o altra congrua
« frazione del canone fissato nella primitiva costituzione enfi-
« teutica.

« Tuttavia, se l'onorevole Salaris persiste e ad esso si unisce
« la Commissione, io non insisterò, quantunque sia certo che in
« pratica si verificheranno non rari inconvenienti.

« Ugdulena, *relatore*. — La Commissione insiste sopra la pro-
« posta Salaris, perchè gl'inconvenienti di cui parla l'egregio

« deputato Panattoni, non possono accadere se non che da qui
« a lungo tempo, quando cioè il contratto di enfiteusi sarà in-
« teramente abolito in Italia.

« Presidente. — Non insistendo il deputato Panattoni, io
« pongo ai voti l'emendamento Salaris accettato dalla Commis-
« sione.

« *In caso di divisione ereditaria o di altra alienazione....*

« Intende di dire *di qualunque divisione?*

« Salaris. — Sì, *di qualunque divisione.*

« Presidente. — *In caso di divisione ereditaria e di altra
« alienazione, il canone seguirà la divisione del fondo enfi-
« teutico.*

« Regnoli. — Mi pare che sia inutile di fare distinzione tra
« *divisione ereditaria ed altra alienazione*: una volta che si
« dica: *In caso di divisione,* o *in ogni caso di divisione* sembra
« che si comprendano tutte senza eccezione.

« Salaris. — Accetto questa redazione.

« Paternostro. — Si potrebbe dire anche *e di altra.*

« Presidente. — Come ha osservato il deputato Regnoli, di-
« cendo *in ogni caso di divisione,* non ci può essere dubbio,
« *sono tutte comprese.*

« Pongo dunque ai voti questa redazione:

« *In ogni caso di divisione il canone seguirà la divisione
« del fondo enfiteutico* ».

« (È approvata).

« Ora pongo ai voti l'intero art. 23.

« (È approvato) ».

Certamente dopo questa lettura non è possibile che rimanga verun'ombra di dubbio. La indivisibilità del canone fu assolutamente condannata e respinta. Contemplando *qualunque caso di divisione* del fondo enfiteutico, non s'intese parlare che dei casi di divisione posteriori alla già avvenuta stipulazione dei contratto enfiteutico in dipendenza tanto *da successione* ereditaria, che da *qualunque alienazione parziale*, e da ogni altra causa. Il precetto del legislatore non ammette interpretazione; la sua volontà non potrebbe essere più chiara, perspicua, evidente.

Ben si vede quanto sia erroneo l'assunto sostenuto finora dal Demanio e dall'avvocatura erariale, per sacrificare ad un malinteso interesse fiscale una grande riforma legislativa, feconda d'immensi vantaggi economici alle classi dei proprietari e coltivatori di terre!

La nuova enfiteusi nel codice civile italiano.

La precedente dimostrazione non ne lascia desiderare altre circa le disposizioni dell'art. 23 della legge speciale del 10 agosto 1863.

Ma allorchè si tratti di contratti di enfiteusi stipulati dopo il 1.° gennaio 1866, cioè sotto l'impero del codice civile italiano, ne sorge a sovrabbondanza anche una seconda dimostrazione la quale conferma la prima, del principio della divisibilità dei canoni enfiteutici nei casi di divisione e parziale alienazione dei fondi enfiteutici.

Qual'è nel nuovo codice italiano il diritto comune regolatore del contratto di enfiteusi?

Lo abbiamo già detto innanzi, questo contratto pei suoi vizi tradizionali e per la sua storia feudale era stato completamente escluso dal progetto governativo del nuovo codice; pochi giureconsulti, specialmente del mezzodì della penisola, avevano però fede che il medesimo, debitamente riformato e spogliato da quei vizi, potesse ancora compiere una benefica missione pel miglioramento economico ed agrario di vaste estensioni di terre paludose ed incolte.

Ecco in quali termini l'autore di questa scrittura ebbe a parlarne nella Camera dei deputati nella tornata del 15 febbraio 1865:

« Questo contratto, per le terre suscettive di miglioramento,
« e più ancora per le immense terre da bonificarsi e liberarsi
« dalle acque stagnanti, può tuttavia recare utili servizi, e di
« fatto è in uso ed in fiore in più della metà d'Italia.

« Non solo nell'Italia meridionale, e specialmente in Sicilia,
« dove anzi con recente legge abbiamo renduto obbligatorio il
« contratto di enfiteusi pei beni ecclesiastici, ma anche nella
« Toscana, e credo pure in alcuna provincia della Lombardia,
« come la Valtellina, si renderebbe disastrosa una legislazione
« la quale vietasse il contratto di enfiteusi che venne espres-
« samente adottato e regolato nel codice olandese, e da una
« legge speciale del 1864 riformato nelle provincie belgiche.

« Questo contratto, come si è già detto nel corso di questa
« discussione, debbe essere bensì emendato dei suoi vecchi vizi,
« reliquie del sistema dei vincoli feudali e fedecommissarii, ed
« appunto la Camera nel rendere il contratto di enfiteusi dei
« beni di chiesa obbligatorio per la Sicilia, lo ha già applicato
« in quella forma emendata e corretta, secondo la quale è im-
« possibile che arrechi danno, non sarà fonte di non dubbii
« benefizii.

« Del resto, signori, basta rammentare come in Francia la
« legge del 1790 mantenne espressamente l'enfiteusi, limitan-
« done la durata a 99 anni, nella stessa guisa che la nostra
« legislazione oggi vigente in quasi tutte le parti d'Italia la
« permette e riconosce. Ma sopravvenuto il codice civile fran-
« cese, egualmente muto e silenzioso intorno a questo contratto,
« dappoichè non ne parla in alcun luogo, esaminata dai tri-
« bunali e dai giureconsulti francesi la questione se, nel si-
« lenzio del codice, fosse vietata la stipulazione dell'enfiteusi,
« abbenchè essa originariamente abbia dato luogo a gravi

« dubbii e difficoltà, ha finito per prevalere l'opinione negativa,
« quella cioè che la stipulazione dell'enfiteusi anche oggidì non
« sia vietata in Francia, e che non sia stata tacitamente abro-
« gata la legge del 1790. Tale è la dottrina professata da
« quella Corte di cassazione, nonchè dai più reputati giurecon-
« sulti di quella nazione, come il Merlin, il Duranton, il Favard,
« il Troplong, il Marcadé, ad eccezione forse del solo Demo-
« lombe che fece un vano tentativo di porre in onore l'opinione
« contraria.

« Laonde il Governo non potrebbe non decidere questa qui-
« stione nel medesimo senso, rimuovendo con l'autorità di una
« sola parola una radice di liti infinite nel paese.

« È noto anzi che in queste provincie antiche furono abolite
« e sciolte le sole enfiteusi perpetue; ma le temporanee sono
« sempre in osservanza e vigore. Ora sarebbe strano che
« questo contratto da un lato si possa considerare come ripu-
« gnante all'ordine pubblico ed inconciliabile coll'interesse
« generale; mentre contemporaneamente lo si lascia sussistere
« e nelle viziose antiche forme in non poche provincie del
« reame.

« Pellegrino Rossi rimproverò agli autori del codice francese
« di non avere in esso menzionato l'enfiteusi e scrisse che « se
« ne avessero ben compreso il carattere costitutivo, l'accresci-
« mento della ricchezza nei miglioramenti del suolo, ed i rap-
« porti intimi di questa forma di concessione col progresso
« dell'economia sociale e con l'accresciuta fecondità di cui l'a-
« gricoltura avrebbe potuto arricchirsi mediante l'azione del-
« l'industria privata, non avrebbero temuto di essere accusati
« di un ritorno indiretto alle idee feudali, nè prescrivendo, nè
« regolando l'enfiteusi temporanea; e non avrebbero abbando-
« nato alla giurisprudenza così gravi questioni. Non possiamo
« permettere, che il codice italiano, compilato altro mezzo se-
« colo più tardi, si esponga al medesimo rimprovero.

« Ed appunto acciò non la legislazione anteriore sulle enfi-
« teusi, infetta di tutti quei vizi, ma una legge nuova che da
« essi la purifichi divenga la norma generale ed uniforme de-
« gl'Italiani, sono necessari degli studii novelli, ai quali la Com-
« missione vi proponeva di autorizzare il governo ».

Allorchè più tardi il Parlamento autorizzò il Governo alla
pubblicazione del nuovo codice civile italiano, sottoponendolo
però alla revisione finale di una Commissione incaricata di mi-
gliorarlo e coordinarlo, fu nel seno di questa Commisione che
l'on. Pisanelli scusandosi di non aver compreso l'enfiteusi nel
progetto del codice da lui compilato, propugnò con solide ra-
gioni l'aggiunzione nel codice medesimo di un titolo per rego-
lare questo contratto, « dovendosi però spogliare l'enfiteusi di
« quei caratteri che non sono più corrispondenti alle odierne
« condizioni, onde evitare la ragionevole censura che si fa a
« questa istituzione per ciò che concerne la perpetuità del

« vincolo e la incertezza del dominio in faccia ai terzi . . , il « che potrà rendere il contratto di enfiteusi accetto anche a « chi molto si preoccupi della *libertà* dei fondi ». La proposta incontrò favore, ed una sotto-commissione fu incaricata di preparare il progetto del relativo Titolo da aggiungersi al codice (1).

Il progetto fu discusso ed approvato nelle sedute del 24 e 26 maggio 1865; e basta percorrerne i relativi processi verbali per riconoscere che il nuovo istituto della enfiteusi sorse sostanzialmente diverso dall'antico, e che si volle spogliare la nuova enfiteusi di tutti i vincoli e divieti che si opponessero all'assoluta libertà dell'alienazione del dominio utile e della circolazione dei beni (2).

Non basta. Nel seno della stessa Commissione i medesimi concetti regolarono la discussione degli articoli della legge transitoria intorno alle enfiteusi, distinguendosi le antiche regolate dalle leggi anteriori sotto il cui impero furono stipulate da quelle che sarebbero successivamente stipulate sotto l'impero del codice civile, nelle quali erano condizioni essenziali l'assoluta libertà di qualunque alienazione dell'utile dominio, l'abolizione di ogni diritto di prelazione o di laudemio in pro dei direttarii, e la redimibilità parimenti assoluta dei canoni per la consolidazione del diretto dominio coll'utile.

Le innovazioni furono così profonde, che mentre nelle *leggi civili pel regno delle Due Sicilie*, ed in altri codici, allorchè definivasi il contratto d'enfiteusi, il pagamento del canone qualificavasi come *atto di ricognizione del dominio*, nel codice italiano codesta qualificazione disparve, ed il canone non divenne che un credito ordinario del domino diretto in corrispettivo delle utilità del fondo goduto dall'enfiteuta, sotto la garanzia della conservazione di un diritto reale sul fondo conceduto in enfiteusi, produttivo di una eventuale devoluzione del medesimo in caso di prolungata mancanza di pagamento.

Tale essendo oggidì la natura del contratto di enfiteusi, è facile dimostrare inconciliabile colla medesima la pretesa *indivisibilità del canone*. Se questa potesse ammettersi, una alienazione parziale del fondo enfiteutico sarebbe come non avvenuta e senza effetto nell'interesse del domino diretto, dappoichè costui, benchè non potesse pretendere la devoluzione per essersi alienato *irrequisito domino,* continuerebbe però sempre ad essere creditore dell'intero canone del fondo stesso verso il primitivo concessionario, e per quanto costui pagasse esattamente il canone corrispondente alla parte del fondo non alienata e da

(1) Processi verbali delle sedute della Commissione speciale per la modificazione e il coordinamento del codice civile. seduta pomeridiana del 17 maggio, verbale n. 38, pag. 441.

(2) Volume anzidetto, pag. 589 e seg.

lui posseduta, tuttavia parimenti sarebbe sempre esposto a soffrire la devoluzione pel non pagamento delle quote dei canoni degli altri possessori. Anzi anche ciascuno degli acquirenti di una qualsiasi minima particella del fondo enfiteutico diverrebbe, senza alcuna ragione e giustizia, ma con rovinosa gravezza, debitore del canone intero.

Con ciò adunque realmente la facoltà di alienare diverrebbe nominale ed illusoria: la libera circolazione dei beni incontrerebbe ostacoli insuperabili, nè vi sarebbe forse chi osasse assumersi le responsabilità dell'acquisto di una frazione qualunque di fondi conceduti in enfiteusi.

Se non che la legge non ha fatto veruna distinzione tra le alienazioni *totali* e *parziali* dei fondi enfiteutici; non ha subordinato la facoltà di alienare nè il tutto nè la parte alla condizione di doversi pagare il canone intero anche dall'utilista cedente od alienante; la libertà di alienare, senza distinguere il tutto dalla parte, fu accordata coi medesimi effetti; e come niuno oserebbe sostenere che un enfiteuta alienando a terzi l'utile dominio del fondo intero, e con esso il peso *rei inhaerens* del pagamento del canone, non rimanga liberato da ogni obbligo e responsabilità di tale pagamento per l'avvenire, del pari è impossibile che la stessa liberazione per lui non derivi da una alienazione *parziale* in proporzione del valore della parte alienata.

In altri termini è regola generale di diritto che quando si contrae un debito pecuniario, ma la legge o l'atto costitutivo dell'obbligazione garentiscono al debitore la facoltà di cedere in tutto o in parte il proprio debito ad altri, questa surrogazione di un nuovo debitore, permessa od autorizzata anticipatamente nell'interesse del creditore, necessariamente produce la liberazione del cedente da ogni ulteriore obbligo, nella stessa guisa in cui siffatta liberazione indubitatamente sarebbe prodotta sia con l'intervento e col consenso del creditore nell'atto stesso della cessione, sia con un atto di consenso e di acquiescenza da costui posteriormente prestato. Colui che oggidì concede un fondo in enfiteusi sotto l'impero del cod. civ., lungi dal riservarsi di consentire all'alienazione nell'atto in cui essa abbia luogo, ovvero dopo che sia avvenuta, si reputa prestare anticipatamente il consenso a qualunque alienazione piaccia all'utilista di fare del suo contratto di enfiteusi a terzi, senza che dopo l'alienazione medesima l'alienante debba tuttora continuare a rimanere debitore del canone verso il concedente: per ottenere quest'ultimo scopo, cioè che l'alienante resti debitore del canone, l'odierna legislazione richiederebbe che il contratto contenesse un espresso patto in tal senso. Se dunque la libera facoltà di alienare è uno dei diritti che oggidì per disposizione della legge il contratto di enfiteusi conferisce all'utilista, costui esercitando il proprio diritto non può rimanere, dopo l'alienazione, obbligato ad alcuna responsabilità o pagamento di corrispettivo

Non crediamo meritevoli di seria confutazione le fantastiche sottigliezze di chi vorrebbe far dipendere una giuridica *indivisibilità dell'obbligazione* al pagamento del canone tra i varii possessori delle frazioni del fondo enfiteutico da alcune elastiche disposizioni del cod. civ., che ammettono obbligazioni *indivisibili* non solo per la *cosa che ne forma l'oggetto*, ma anche soltanto per avere le parti contraenti intenzionalmente *considerata l'obbligazione come indivisibile*. L'obbligazione di pagare una somma di danaro o una quantità di prodotti naturali del suolo è sempre necessariamente *divisibile* pel suo *oggetto*, specialmente dopo che il pagamento del canone non costituisce più una *ricognizione di dominio*. Nè può dubitarsi che nella stipulazione degli odierni contratti di enfiteusi, sotto l'impero di leggi che permettono la libera alienazione parziale e divisione del fondo enfiteutico, la intenzione di chi riceve una concessione enfiteutica e si obbliga a pagare un canone, non sia quella di acquistare una cosa liberamente *divisibile*, e perciò di assoggettarsi ad una correlativa prestazione parimenti *divisibile*.

Da ultimo l'argomento che si è finora stranamente esagerato, consistente nel pericolo di un abuso e di una frode da parte di quell'utilista, il quale dividendo il fondo in frazioni ineguali, od alienandone forse appena una minima parte, non proporzionasse anche la divisione del canone all'estensione ed al valore delle diverse quote o sezioni del fondo medesimo, ma per avventura trasferisse l'onere della massima parte del canone nel possessore della minima quota e con ciò esponesse il direttario a trovarsi a fronte di un debitore insolvibile, è di tanta frivolezza, che reca meraviglia come esso abbia potuto a parecchi fare illusione e convertire un pericolo eccezionale e chimerico, in fondamento di una regola ingiusta e lesiva a' diritti di tutta la numerosa classe degli enfiteuti.

Reputiamo *chimerico* l'enunciato pericolo, perchè è facile apprestarvi legale rimedio. Essendo il dominio diretto un *diritto reale*, e perciò il *canone* rappresentando un credito proporzionalmente garentito dalla intera estensione e valore del fondo enfiteutico, non deve esser lecito all'utilista, nelle divisioni ed alienazioni, arbitrariamente distruggere la naturale e legale *proporzionalità* del debito del canone medesimo con le varie frazioni del fondo. Che se egli il faccia, violando o defraudando i diritti del terzo, cioè del direttario, niuno negherà a costui un'azione giudiziale per far dichiarare abusivo e fraudolento il modo di divisione del canone, ed ottenerne la rettificazione secondo la legge, a preservazione dei diritti e delle cautele che gli assicurano la intera e regolare percezione del canone.

Anche il credito dello Stato per l'*imposta prediale* costituisce un diritto reale inerente al fondo e garentito dai suoi frutti, ed è anzi un credito privilegiato. Ciò non ostante se il proprietario di un latifondo ne alieni una parte ad un terzo, forse

sussisterà indivisibile e solidale nell'alienante l'obbligazione di continuare a pagare l'imposta sull'intero fondo? No certamente. Lo Stato stesso dovrà rivolgersi pel pagamento proporzionale contro ciascuno dei due possessori. E chi potrebbe concedere ad un direttario che il più delle volte è un privato, un privilegio di favore negato financo allo Stato per un credito così sacro com'è quello dell'imposta?

Conchiudiamo, rammentando che ormai sotto l'impero del codice civile la giurisprudenza delle nostre Corti di cassazione e d'appello, che era dapprima oscillante e varia sotto i codici anteriori, si è già pronunziata nel senso della *divisibilità dei canoni.* Basti citare tra le altre una sentenza della Corte di cassazione di Palermo del 4 gennaio 1876 nella causa del *Principe di Manganelli* (*Circolo Giurid. di Palermo*, vol. VII, 1876, pag. 43), e le altre della Corte di appello della stessa città del 12 giugno 1867 (*Gazzetta dei Tribunali di Napoli*, vol. XXI, pag. 667), del 30 dicembre 1870 (*Principe di Manganelli* c. *Cornigliaro*), del 15 aprile 1872 (*Intendenza di Finanza* c. *di Franco*) e del 17 giugno 1872 (*Circolo Giuridico*, vol. III, pagina 208).

P. S. Mancini.

APPENDICE XIX.

Della indivisibilità del canone enfiteutico secondo l'antico ed il moderno diritto

---

Il principio della divisibilità del canone enfiteutico è sostenuto da una sentenza della Corte di Cassazione di Palermo in termini così recisi e senza la possibilità di vederlo in qualche funzione di questo istituto temperato e flessibile, che merita qualche considerazione, tanto più che la tesi contraria è fatta derivare come un risultato di una considerazione storica delineata a sommi tratti.

Siamo dolenti di avere dovuto leggere questo quadro storico retrospettivo dell'enfiteusi in una sentenza, in cui l'egregio estensore non poteva, senza tradire la forma della stessa, svolgere tutto il suo concetto; altrimenti ne avremmo meglio compreso il pensiero. Dobbiamo confessare invece che così come è esposto ci è riuscito di non facile intelligenza, e ci è parso che tutto in un fascio siano stati confusi istituti di natura ed indole affatto diversa; ci è sembrato di scorgere che nella mente

dell'estensore enfiteusi, colonato e feudo si fossero presentati come tre espressioni, usate in tempi diversi, di un solo e medesimo istituto. Se così è, questo concetto ci riesce affatto incomprensibile, e la ragione la diremo in seguito. Vogliamo innanzi tutto considerare se è vero, che per diritto romano la enfiteusi non abbia una natura giuridica ben determinata. Veramente non ci basterebbe l'animo di affermarlo, come nella sentenza, con tanta sicurezza, per la sola ragione che Ulpiano equiparava all'usufrutto il *ius praedii* concesso al possessore del fondo enfiteutico. Certo, chi volesse ricercare nella giurisprudenza classica il carattere dell'enfiteusi farebbe un'opera quasi vana, o almeno non lo troverà così spiccato come ai tempi di Zenone e Giustiniano. Anzi, chi, discorrendo di quei tempi, volesse negare addirittura la esistenza di questo istituto giuridico, non sarebbe in errore, perocchè è facile incontrare un *ius in fundo vectigali*, o un *ius in fundo emphyteuticario*, ma non certo l'*emphyteusis*.

Eppure, anche nei tempi della classica giurisprudenza il nostro istituto era venuto su cresciuto abbastanza, allevato dalla gran madre, la necessità della coltura dei latifondi dei municipii, dei tempii e di Cesare, ed educato da quel grande tutore che era il diritto pretorio. Fin d'allora questo adolescente aveva acquistato nella sua fisionomia e nella sua natura tratti assai caratteristici, che non perdette mai più fatto adulto. Vi erano qua e là delle oscillazioni nel suo carattere e nelle sue funzioni; ma pure, essendo un *ius in re aliena* molto affine all'usufrutto, aveva qualche cosa di più che questo; un godimento più esteso, l'obbligo alle migliorie, e sopratutto l'alienabilità del diritto lo distinguevano abbastanza bene. La forma della concessione prendeva qualche volta la veste della locazione; ma la trasmissibilità del diritto, la perpetuità del medesimo ne tradivano l'indole diversa; qualche altra volta si presentava sotto la figura della vendita, ma l'obbligo al pagamento del *vectigal*, della *pensio* e del *canone* ne faceva scorgere qualcosa di diverso. Le LL. 1, 2, 3, C. *de iure emphyteutico* tolsero via ogni dubbiezza, e la enfiteusi appariva come realmente si era a poco a poco venuta formando un istituto giuridico d'indole propria e regolato da proprie norme.

Vogliamo esaminare questo istituto nella sua forma classica, prima di vederlo frammisto ed alquanto alterato da istituzioni posteriori, perchè possiamo ricercare, se in questa sua forma senza elementi eterogenei l'obbligazione ad esigere il canone fosse da ritenere o no indivisibile. I caratteri essenziali della enfiteusi romana sono questi: diritto reale sulla cosa altrui alienabile e trasmissibile agli eredi, salvo il diritto di prelazione in caso di vendita e di esigere la cinquantesima parte del prezzo della enfiteusi venduta; obbligo da parte dell'enfiteuta di pagare un annuo canone, col diritto nel proprietario di devoluzione dopo la mora di tre anni. Quanto al diritto reale,

perchè trasmissibile, ed in qualunque modo alienabile, è molto più esteso dell'usufrutto. Si è voluto vedere una specie di dominio nell'enfiteuta, distinto da quello che pure si doveva riconoscere nel concedente, con la parola *utile*. Questo concetto si è allargato sempre più, e nell'ultima figura della enfiteusi esso si mostra preponderante, anzi si ritiene esclusivo proprietario il così detto domino utile, ed il diretto sceso poco più nelle condizioni di un creditore. Come sia nato il concetto di dominio nell'enfiteuta è utile cosa ricercare, essendo una parte della dottrina che ha attinenza più diretta con la nostra tesi. La sentenza della Cassazione fa derivare la distinzione dei due dominii dal feudo. Noi ci permettiamo di ritenere per inesatta questa opinione. La distinzione è molto più antica di quello che si crede e mette capo ad elementi che si scorgevano nell'istituto della enfiteusi nella figura più pura. Difatti in alcuni testi dei codici Teodosiano e Giustiniano è determinato come dominio il rapporto del possessore col fondo dominicale (L. 18, C. Th. (5, 13) — L. 4, C. Th. (5, 4) — L. 2, C. Just. *de fundo rei priv.* (11, 65) — L. 4, 12, C. *de fund. patrim.*). Questa espressione indusse lo stesso Savigny (*Recht des Besitzes*, 2.ª ed., pag. 97), a credere il diritto reale dell'enfiteuta costituire proprio una specie di dominio revocabile sotto determinate condizioni, ciò che con più ragione fece credere al Poggi che prima della costituzione di Zenone la concessione dei fondi vettigali aveva maggiore analogia con la locazione, e invece la concessione dei beni patrimoniali aveva affinità maggiore col contratto di compravendita (Girol. Poggi, *Del sistema livellare toscano*). Quella opinione del Savigny fu abbandonata da lui medesimo nella 6.ª edizione del suo possesso, e non meno combattuta fu l'altra della divisione del dominio diretto ed utile che si era mantenuta fino ai nostri giorni, e presso di noi è rimasta inalterata. Quella divisione del dominio è una creazione dei Glossatori e almeno su di essa, a quanto pare, non ebbe il sistema feudale ingerenza alcuna. E di vero, essa si manifestò dapprima in un campo molto più esteso che non fosse lo stesso istituto della enfiteusi. Imperocchè dissero dominio utile il rapporto garantito con una *utilis rei vindicatio*, e quindi l'applicazione dello stesso nome era concessa a molti altri casi, così per esempio, anche a quei, si può dire di pieno dominio, ma che si contradistinguevano dal vero dominio pieno dalla sola forma di azione, come sarebbe la *bonorum possessio* la *immissio ex secundo decreto*, ecc. (Gloss. ad L. 1, *de bonor. poss.* L. 15 § 16, *de damno infecto*. L. 1, *si ager vectigal.*, ecc.). Più tardi quelle espressioni furono rivolte solamente al dominio diviso in questo senso, che ad uno spettasse il diritto di godimento (dominio utile, all'altro il resto dei diritti riguardanti la proprietà (diretto), e allora la espressione di dominio utile non fu riferibile che all'enfiteusi e alla superficie.

Il primo a ribellarsi contro questa distinzione fu, oltre la

scuola francese del secolo XVI, in questo secolo Thibaut (*Versuche,* II, 3), il quale senza contrasto fu seguìto dai moderni scrittori. In vero un *dominium divisum* in quel modo non regge ad una critica severa; noi in Italia siamo rimasti tenacemente attaccati a quella dottrina, ma la scienza l'ha inesorabilmente condannata. Invece il diritto dell'enfiteuta è un vero *ius in re aliena* che, se può essere più esteso ed avere altre qualità dei diritti di servitù, nella sua essenza non è differente come *ius in re aliena* dal diritto di usufrutto. Anzi qualche scrittore moderno si spinge fino al segno da dire che un tale diritto avrebbe potuto essere registrato come un'altra specie di servitù, se un nome storico ed uno storico svolgimento non lo avesse insieme con la superficie classificato in un'altra categoria di diritti reali (Arndts, *Civilistiche Schriften*, I, pag. 213).

Noi non diciamo questo, ma solo vogliamo notare che tutto il contenuto del diritto di enfiteusi, cioè la somma dei diritti patrimoniali su di una cosa altrui, deve, perchè esso costituisca un diritto reale, essere considerato staccato dal dominio della cosa fino a tanto che dura questo diritto e che ritorna al dominio appena esso si estingue; il dominio del proprietario resta perciò modificato e limitato. La *res*, l'obbietto del dominio, il rapporto della persona con la cosa che lo costituisce, non può che rimanere al proprietario, onde è che la somma dei diritti patrimoniali ceduti all'enfiteuta si esercita sopra una *res,* non propria, ma aliena. Sarebbe incomprensibile ritenere la *res propria* all'enfiteuta, senza travolgere il concetto della proprietà da una parte, e dei *ius in re aliena* dall'altra; come incomprensibile sarebbe del pari ammettere il diritto di proprietà sui diritti che si esercitano sulla cosa indipendentemente dal dominio di essa, ciò che avverrebbe ammettendo il così detto dominio utile. L'idea adunque del *dominium divisum* nell'enfiteusi è tanto assurda per quanto è negli altri *iura in re aliena,* e specialmente nell'usufrutto che tra i diritti sulla cosa altrui all'enfiteusi più si avvicina. È stato quest'ordine d'idee che indusse i giureconsulti romani a vedere qualche punto di contatto tra l'enfiteusi e l'usufrutto, senza però che qua e là non s'incontrino frammenti che dimostrano come essi, anche nel tempo in cui questo istituto non era completamente definito, abbiano distinto questo diritto come indipendente e come un *ius in re aliena.* (L. 71, § 5, 6 *de leg.* 30, L. 3, § 4, *de reb. eor.* (27, 9). Non per questo il dirittto di enfiteusi è da confondere col diritto di usufrutto, perocchè altri elementi ne costituiscono una differenza sostianziale, la quale non è da ricercare nel rapporto dell'enfiteuta con la cosa altrui, poichè allora non vi sarebbe grande differenza con gli altri *iura in re aliena,* ma nella estensione di questo diritto e sopratutto nella alienabilità e trasmissibilità del medesimo. È la somma di queste caratteristiche che costituisce l'enfiteusi come diritto distinto ed indipendente. Solo da un altro punto di vista si è

creduto sostenere il dominio da parte dell'enfiteuta, cioè concretandolo, non nel diritto di usufruire la cosa altrui, ma nelle migliorie, *emponemata,* fatte dall'enfiteuta nel fondo altrui, le quali, certo, spettano a quest'ultimo sciolta che sia l'enfiteusi. Questo concetto che si è venuto formando a poco a poco è stato quello che ha reso più saldo il concetto del dominio utile più che il punto di vista dal quale partirono i Glossatori, fino al segno di considerare la posizione dell'enfiteuta e del *dominus* rispetto alla cosa come rapporto di condominio; ma di ciò ci occuperemo più giù. Notiamo solo che questa idea alla enfiteusi nella sua forma classica è completamente estranea, quantochè il concetto del condominio richiede l'identico rapporto di più persone sulla cosa che si reputa astrattamente divisa, e quelle parti ideali durante il condominio si convertono, sciolto il medesimo, nelle medesime proporzioni in parti materiali della cosa, ciò che non è possibile nell'enfiteusi.

Il diritto dell'enfiteuta agli *emponemata* non può durante la enfiteusi considerarsi come proprietà, e la migliorazione come oggetto di essa senza contrastare ad un'altra regola fondamentale di diritto; perciocchè, ammesso che la cosa sulla quale sono fatti gli *emponemata* sia *res aliena,* è evidente che per diritto di accessione cadono nel dominio del proprietario, nè si può in questo caso sconoscere le regole generali dell'accessione (§ 32, 23 *Inst. de rer. divis.* L. 7, § 13, L. 9, pr. *de acquir. rer. dom.*, ecc.), salvo all'enfiteuta di ripetere non gli *emponemata,* ciò che sarebbe impossibile, ma il lavoro dei medesimi, sciolta che fosse la enfiteusi. Arrogi che questo diritto di ripetere le migliorie neppure si può considerare speciale; perchè esse in fondo in fondo costituiscono le *impensae utiles* che il diritto garantisce ad ogni possessore di buona fede, ed in ogni caso di accessione, § 32 *Inst. de rer. divis...* « Ceterum « sicut is, qui in alieno solo aedificaverit, si ab eo dominus « petat aedificium, defendi potest per exceptionem doli mali, « secundum ea, quae diximus, ita eiusdem exceptionis auxilio « tutus esse potest is qui alienum fundum sua impensa bona « fide consevit ». Da tutto ciò che si è detto, è evidente essere la enfiteusi un *ius in re aliena,* ed il dominio del proprietario è certamente *minus plenum,* ma non *divisum* (Donell. *Comm. iur. civ.* IX, 13, § 1, 2, 3; Cuiac. *Recit. solemn. ad I. si ag. vect.* VII, 4, Thibaut, l. c. Arndts, l. c. Doveri, *Inst. di dr. rom.*).

A fronte di questo dominio integro del *dominus emphyteuseos,* quale è il carattere giuridico del canone? Si sente da tutti ripetere che il canone è messo in ricognizione del dominio. E qui la sentenza della Cassazione esclama: Bando al pregiudizio che la ricognizione del dominio valga un che di simigliante con l'omaggio dei vassalli. Ed ha ragione: chi avesse inteso la ricognizione del dominio in questo senso, certo ei non è libero da un vieto pregiudizio. Noi però che parliamo della en-

fiteusi nello stato suo puro, prima che fosse contaminata dal feudo, certo non possiamo soggiacere, senza incorrere in un anacronismo, allo stesso pregiudizio. È indiscutibile che il canone una volta stabilito rimane inalterabile per qualunque sia evento (L. 1, Cod. *de iur. emphyt.* L. 2, Cod. *de vend. iur. civit.*, (11, 31). L. 3, Cod. *de alluv.* (7, 41). Buri, *de Bauergutern*, Giessen, 1783, pag. 182, Glück, vol. VIII, pag. 417, Thibaut, *Sistem.* § 778, not. k.). La opinione più mite del Mühlenbruch (*Doctrina Pand.*, § 295, not. 5) e di Voet (*ad Dig. si ager vect.*, num. 19), e presso di noi del Doveri (*Istituzioni* l. c.) non ha avuto seguito. Come si presenta il canone, non può essere considerato quale l'equivalente del godimento, e fa meraviglia come l'Arndts, il quale si schiera dal lato dei giureconsulti più rigorosi rispetto alla inalterabilità del medesimo, e combatte felicemente le ragioni del Mühlenbruch e di Voet che transigevano alquanto su questo punto, sostenga non avere il canone maggiore importanza della *pensio* del fittuario (Arndst l. c. Puchta, *Pand. P.*). Il canone non è certo dato in ricognizione del dominio, nel senso di ossequio di vassallaggio, ma è il rappresentante del dominio, è il mezzo come riconoscere il valore patrimoniale della nuda *proprietas,* la quale, se non è una parola vuota di significato, deve avere per il proprietario un valore patrimoniale. E ciò tanto è più essenziale nella enfiteusi, in quanto, essendo per diritto romano perpetua, non era possibile senza un segno del dominio, riconoscere, dopo che la cosa aveva potuto subire profonde modificazioni ed anche una completa trasformazione, il valore dell'originario dominio. Di qui è chiara la distinzione tra il canone enfiteutico e la *pensio* del fitto, e più manifesta ancora la ragione della inalterabilità del primo; quantochè mentre la mercede rappresenta il corrispettivo del godimento e ne segue tutte le fasi, potendo essere allargato, ristretto, ridotto e qualche volta non dovuto (L. 15, § 2, 7, L. 25, § 6, *locat.* (19, 2), il canone, rappresentando il dominio, come questo, rimane lo stesso, finchè vi resta anche una parte della cosa.

Ora, riconosciuta la natura del diritto enfiteutico e la importanza giuridica del canone, possiamo affrontare la questione, se la obbligazione ad esigere sia o no indivisibile. Abbiamo dovuto fare un lungo cammino per giungerci, ma era necessario intenderci sui punti essenziali di questa dottrina spesso riguardata a traverso delle idee medioevali e moderne.

Dalle cose innanzi dette è chiaro che dobbiamo venire in un avviso opposto a quello pronunziato dalla Corte di cassazione di Palermo, ma in un'altra forma. Fino ad un certo punto siamo d'accordo che in questo caso non si tratta di una obbligazione indivisibile nel significato tecnico della parola; anzi la Corte avrebbe fatto meglio a non riguardarla dal lato del rapporto del canone col dominio, così scovre molto il suo lato debole, ma avrebbe potuto benissimo dire che è divisibile essendo di-

« dubbii e difficoltà, ha finito per prevalere l'opinione negativa,
« quella cioè che la stipulazione dell'enfiteusi anche oggidì non
« sia vietata in Francia, e che non sia stata tacitamente abro-
« gata la legge del 1790. Tale è la dottrina professata da
« quella Corte di cassazione, nonchè dai più reputati giurecon-
« sulti di quella nazione, come il Merlin, il Duranton, il Favard,
« il Troplong, il Marcadé, ad eccezione forse del solo Demo-
« lombe che fece un vano tentativo di porre in onore l'opinione
« contraria.

« Laonde il Governo non potrebbe non decidere questa qui-
« stione nel medesimo senso, rimuovendo con l'autorità di una
« sola parola una radice di liti infinite nel paese.

« È noto anzi che in queste provincie antiche furono abolite
« e sciolte le sole enfiteusi perpetue; ma le temporanee sono
« sempre in osservanza e vigore. Ora sarebbe strano che
« questo contratto da un lato si possa considerare come ripu-
« gnante all'ordine pubblico ed inconciliabile coll'interesse
« generale; mentre contemporaneamente lo si lascia sussistere
« e nelle viziose antiche forme in non poche provincie del
« reame.

« Pellegrino Rossi rimproverò agli autori del codice francese
« di non avere in esso menzionato l'enfiteusi e scrisse che « se
« ne avessero ben compreso il carattere costitutivo, l'accresci-
« mento della ricchezza nei miglioramenti del suolo, ed i rap-
« porti intimi di questa forma di concessione col progresso
« dell'economia sociale e con l'accresciuta fecondità di cui l'a-
« gricoltura avrebbe potuto arricchirsi mediante l'azione del-
« l'industria privata, non avrebbero temuto di essere accusati
« di un ritorno indiretto alle idee feudali, nè prescrivendo, nè
« regolando l'enfiteusi temporanea; e non avrebbero abbando-
« nato alla giurisprudenza così gravi questioni. Non possiamo
« permettere, che il codice italiano, compilato altro mezzo se-
« colo più tardi, si esponga al medesimo rimprovero.

« Ed appunto acciò non la legislazione anteriore sulle enfi-
« teusi, infetta di tutti quei vizi, ma una legge nuova che da
« essi la purifichi divenga la norma generale ed uniforme de-
« gl'Italiani, sono necessari degli studii novelli, ai quali la Com-
« missione vi proponeva di autorizzare il governo ».

Allorchè più tardi il Parlamento autorizzò il Governo alla pubblicazione del nuovo codice civile italiano, sottoponendolo però alla revisione finale di una Commissione incaricata di migliorarlo e coordinarlo, fu nel seno di questa Commisione che l'on. Pisanelli scusandosi di non aver compreso l'enfiteusi nel progetto del codice da lui compilato, propugnò con solide ragioni l'aggiunzione nel codice medesimo di un titolo per regolare questo contratto, « dovendosi però spogliare l'enfiteusi di
« quei caratteri che non sono più corrispondenti alle odierne
« condizioni, onde evitare la ragionevole censura che si fa a
« questa istituzione per ciò che concerne la perpetuità del

« vincolo e la incertezza del dominio in faccia ai terzi . . , il « che potrà rendere il contratto di enfiteusi accetto anche a « chi molto si preoccupi della *libertà* dei fondi ». La proposta incontrò favore, ed una sotto-commissione fu incaricata di preparare il progetto del relativo Titolo da aggiungersi al codice (1).

Il progetto fu discusso ed approvato nelle sedute del 24 e 26 maggio 1865; e basta percorrerne i relativi processi verbali per riconoscere che il nuovo istituto della enfiteusi sorse sostanzialmente diverso dall'antico, e che si volle spogliare la nuova enfiteusi di tutti i vincoli e divieti che si opponessero all'assoluta libertà dell'alienazione del dominio utile e della circolazione dei beni (2).

Non basta. Nel seno della stessa Commissione i medesimi concetti regolarono la discussione degli articoli della legge transitoria intorno alle enfiteusi, distinguendosi le antiche regolate dalle leggi anteriori sotto il cui impero furono stipulate da quelle che sarebbero successivamente stipulate sotto l'impero del codice civile, nelle quali erano condizioni essenziali l'assoluta libertà di qualunque alienazione dell'utile dominio, l'abolizione di ogni diritto di prelazione o di laudemio in pro dei direttarii, e la redimibilità parimenti assoluta dei canoni per la consolidazione del diretto dominio coll'utile.

Le innovazioni furono così profonde, che mentre nelle *leggi civili pel regno delle Due Sicilie*, ed in altri codici, allorchè definivasi il contratto d'enfiteusi, il pagamento del canone qualificavasi come *atto di ricognizione del dominio*, nel codice italiano codesta qualificazione disparve, ed il canone non divenne che un credito ordinario del domino diretto in corrispettivo delle utilità del fondo goduto dall'enfiteuta, sotto la garanzia della conservazione di un diritto reale sul fondo conceduto in enfiteusi, produttivo di una eventuale devoluzione del medesimo in caso di prolungata mancanza di pagamento.

Tale essendo oggidì la natura del contratto di enfiteusi, è facile dimostrare inconciliabile colla medesima la pretesa *indivisibilità del canone*. Se questa potesse ammettersi, una alienazione parziale del fondo enfiteutico sarebbe come non avvenuta e senza effetto nell'interesse del domino diretto, dappoichè costui, benchè non potesse pretendere la devoluzione per essersi alienato *irrequisito domino,* continuerebbe però sempre ad essere creditore dell'intero canone del fondo stesso verso il primitivo concessionario, e per quanto costui pagasse esattamente il canone corrispondente alla parte del fondo non alienata e da

(1) Processi verbali delle sedute della Commissione speciale per la modificazione e il coordinamento del codice civile. seduta pomeridiana del 17 maggio, verbale n. 38, pag. 441.

(2) Volume anzidetto, pag. 589 e seg.

l'obbligazione ad esigere il canone, come tutte le solidarietà, non passa agli eredi; se invece di solidarietà, molti di quegli scrittori parlano d'indivisibilità, la quale sola passa agli eredi, in grazia della inattitudine dell'oggetto, o del fatto ad essere diviso, adoperano una espressione inesatta. Però non è a pensare per questo che con ciò il nostro principio è violato, perciocchè se rispetto agli eredi non vi è *l'individuum obligatione*, resta l'*individuum solutione*. E di vero, anche quegli scrittori che relativamente alla obbligazione di pagare il canone sono più larghi e ne ammettono la divisibilità, non possono sconoscere che il proprietario può rivocare tutta la enfiteusi, se per il non pagamento di una sola delle porzioni ereditarie è avvenuto il non pagamento del triennio; ammesso per altro che il proprietario stesso non ne avesse riconosciuta la divisione. In altri termini si sono applicati per analogia i principii stabiliti per la ipoteca, cioè la L. 2, C. *si unus ex plur. hered.* (8, 32. Vedi Thibaut l. c. Arndts l. c. Unterholzner, *Schuldverhältnisse,* vol. 2, pag. 369). A questo proposito è da fare due osservazioni per cansare ogni equivoco. Primamente la solidarietà ipotecaria non è speciale all'istituto della ipoteca, ma ha origine dalla qualità dell'azione ipotecaria o pegnorataria come azione reale.

« *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis por-* « *tionibus* quaesita scinditur, pignoris *autem* iure multis obli- « gatis rebus quas diversi possident, quum eius *vindicatio non* « *personam oblicet, sed rem sequatur,* qui possident tenentes « non pro modo singularum substantiae conveniuntur sed in « solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, « cedant ». Ora il *dominus* opera con l'*actio vectigalis* o *rei vindicatio*, e quindi con l'azione reale, dirigendosi alla cosa e non alla persona non è obbligato a rispondere la qualità dell'obbligo spettante agli eredi dell'enfiteuta: onde questi o chi è il possessore, per evitare il pericolo, bisogna che soddisfi la intera obbligazione. In secondo luogo è da osservare che è erroneo il credere ciò ottenersi con l'esercizio del diritto ipotecario spettante al domino. Questi opera con l'azione propria del dominio, anzi estingue a questo modo le ipoteche che avesse potuto costituire l'enfiteuta, per cui è interesse dei creditori che si paghi tutto il canone per potere continuare ad esercitare le loro ragioni sul fondo enfiteutico. Ci perdoni la Corte, non possiamo non avvertire che la citazione della L. 4, § 1 *de publicanis* non è fatta molto a proposito. Quel testo non si riferisce in nessun modo all'enfiteuta o ai suoi eredi per la devoluzione a causa del canone non pagato, esso parla del *crimen fraudati vectigalis*, ossia del caso se uno degli eredi sottrae una cosa comune per non pagare le imposte, l'agente del fisco, il *publicanus*, può confiscare la sola parte appartenente al fraudatore, liberi lasciando gli altri cui non si può imputare lo stesso *crimen*. Ora non sappiamo vedere quale analogia vi possa tra un *obligatio ex delicto* e quella del pagamento del canone.

É inutile avvertire che in tutto questo titolo dei Digesti il vocabolo *vectigal* ha il significato non di canone enfiteutico ma d'imposte, di dazi; e chi vuol essere curioso di vedere una lunga lista di generi d'importazione sottoposti a dazi, o come si esprime il testo, *species pertinentes ad vectigal*, riscontri la L. 16 § 7 *de publicanis*.

Ci resta a vedere la indivisibilità da un altro punto di vista, cioè relativamente all'affranco. Su questo punto c'è poco da dire, avuto riguardo alla enfiteusi romana generalmente perpetua. Ma se si fosse apposto un patto di riscatto, non vi è dubbio che per la medesima ragione non poteva il coenfiteuta obbligare il proprietario a riscattare una parte in forza di un patto unico apposto ad una unica costituzione di enfitensi e contentarsi del valore di un terzo o di un quarto di dominio. Lo stesso si dica per gli eredi di un enfiteuta imperocchè, sebbene essi siano obbligati *pro ereditariis portionibus*, ciò è relativo alla sola obbligazione del pagamento del canone; ma quando si volesse convertire il diritto proprio nel dominio della cosa, non si può obbligare il proprietario a cedere una parte pel dominio. In quel momento cessa di esistere la obbligazione e vi è una compra del dominio altrui; spetta dunque al proprietario la scelta se vuole o no dividere il suo dominio e venderne una parte.

Pel la qual cosa il canone enfiteutico risguardato vuoi relativamente alla obbligazione, vuoi relativamente alla devoluzione, vuoi finalmente rispetto all'affranco, esso è indivisibile, e questa indivisibilità corrisponde esattamente alla natura della obbligazione, e all'indole del diritto enfiteutico. Senza menomamente riguardare in quale rapporto la enfiteusi ha potuto trovarsi con l'istituto del colonato, senza ricercare quale influenza abbia esercitato il feudo sul nostro istituto, dai principii ad esso speciali e dai generali determinati per rapporti consimili, può dirsi completo nella sua figura classica.

Adesso converrebbe ricercare se questo istituto abbia nei suoi elementi essenziali subìto modificazioni nel diritto intermedio, e se queste abbiano influito sulla questione che trattiamo. Però, l'indole di questo lavoro e la importanza dell'argomento ci vietano di trattare questa seconda parte della tesi come avremmo voluto: ci limitiamo a qualche accenno storico. Del resto ci pare avere dimostrato abbastanza il carattere della indivisibilità del canone essere inerente all'indole giuridica della enfiteusi considerata nella sua forma classica. Ma non possiamo dispensarci di fare qualche fugace osservazione sullo stato dell'enfiteusi nel diritto intermedio. Osserviamo dapprima che voler riguardare l'indole del rapporto enfiteutico dal colonato, è confondere due istituzioni di natura affatto diversa. I coloni ascrittizi erano uomini che coltivavano il fondo non nell'interesse proprio, come nell'enfiteusi, ma nell'interesse esclusivo dei patroni. La loro condizione era servile, addetti alla gleba, fruivano

di una certa libertà che li distingueva dai servi rustici. Non potevano essere venduti se non con lo stesso fondo, ed avevano libertà verso i terzi, inquantochè il loro peculio poteva dirsi appartener loro in pieno dominio. La caratteristica del colonato è di essere i coloni addetti al fondo che coltivavano, è lo stato medio tra la servitù e la libertà, onde sotto questo rapporto si potevano dire liberti, e patroni i proprietari (L. II, C. *de agricolis censit. et colon.* (11, 47), *de mancip. et colon.* (11, 62), *de fugitivis colonis* (11, 63). — Poggi, *Sistema livellare toscano, saggio pratico*, I, 1, § 29; Cibrario, *Servitù e servaggio*, I, p. 21, 11; Revillon, *Études sur les colonies*). Invece gli enfiteuti erano uomini pienissimamente liberi, i rapporti coi proprietari puramente contrattuali, con facoltà di liberamente alienare, sia *inter vivos*, sia *causa mortis*, il loro diritto di enfiteusi, salvo il diritto di prelazione al proprietario. L'applicazione delle conseguenze dell'enfiteusi ai rapporti del colonato è un assurdo stante la condizione quasi servile dei coloni. L'enfiteusi, è vero, subì profonde modificazioni dal sistema beneficiario o feudale, però è un errore il credere che essa venisse completamente trasformata dal feudo. Il sistema feudale con le sue estese ramificazioni aveva invaso ogni civile istituzione e con esse anche l'istituto della enfiteusi, ma non la distrusse del tutto. Anzi l'enfiteusi fu considerata sempre come un allodio, ma in quei tempi di violenze e di trasformazione sociale, almeno fino al XIII secolo, come l'allodio, così l'enfiteusi, anche essa seguì in gran parte il fato comune. E di vero si applicarono alle enfiteusi molti usi e conseguenze feudali, si cercò di immobilizzare gli enfiteuti al fondo come se fossero veri coloni, furono introdotti gli assegni, le ricognizioni frequenti, ecc.; e quando la proprietà libera, l'allodio, in quei tempi difficili, era meno garantita dei beni feudali, e ai liberi proprietari conveniva meglio offrire i propri beni ad un potente, ricevendoli in feudo, la trasformazione sociale ed economica del feudo fu al suo completo. Però, come non possiamo dire essere sparito completamente l'allodio, così non si può affermare scomparsa la pura e classica enfiteusi. Nel bel mezzo del medio evo, quando appunto di vera enfiteusi non dovremmo rinvenire traccia, troviamo, molto raramente è vero, qualche esempio di costituzione di enfiteusi senza vincolo feudale, come il caso, riportato da Troya, nel 748, di una casa data in enfiteusi col canone di un soldo d'oro, e quello rammentato da Cibrario, nel secolo VII, di due Ravennati per i beni presi dalla Chiesa di Aquileia per il canone di un soldo ed un triente (Cibrario, l. c., vol. I). Dal secolo XIV in poi i tempi volsero più propizi per l'enfiteusi; come lentamente nel feudo, a misura che questo diventava generale sistema politico-sociale-economico, le allodialità si limitavano e le enfiteusi addivennero in gran parte servili; così incomincia da questa epoca una rivoluzione sociale-economica, quanto che i feudi si limitano, perdono la loro importanza, si

spezzano o si allentano i legami di vassallaggio e di tutta quella catena di dipendenza fino agli ultimi strati sociali dei tassabili a *mercè* e le terre per mezzo della enfiteusi ritornano a poco a poco allo stato di allodio. Ed era naturale: appena quella dipendenza personale, la *ligietà*, l'obbligo alla fedeltà del servizio militare, la tassa, la manomorta reale e personale scomparivano, il rapporto tra il coltivatore, il possessore delle terre, col padrone prendeva più figura di enfiteusi, e molte volte si rendeva completamente libero. Era un ritorno all'allodio; il feudo si dileguava, poteva restare di nome o sorretto da uno Stato politico in qualche parte d'Italia, ma in alcuni tempi a noi più vicini esso non esisteva che di nome. In tempo della transizione si incontrano feudi esenti dall'omaggio, allodi con giurisdizione, feudi patrimoniali e quindi alienabili, una quantità di contratti che davano del feudo e dell'enfiteusi, o che più all'uno che all'altro di questi istituti si avvicinano, come livelli, censi, colonie parziarie e qualche volta con angherie e dipendenze personali che davano colore di feudo, altra volta libere del tutto, o almeno con *xenie* o prestazioni territoriali oltre il canone, ma scevre di quelle dipendenze di servizi e soggezioni che costituivano l'elemento caratteristico della feudalità.

Gran parte di questa rinascenza si deve al sorgere dei Comuni. Gli statuti comunali si occupano a definire distintamente il rapporto degli enfiteuti coi proprietari. Firenze e Siena riordinano i contratti censuari o livellari e misero ogni cura a sciogliere i vincoli feudali dove si trovavano. Bologna considerò l'enfiteusi come perpetua, così Ferrara ed altri Comuni della media Italia. Nel mezzogiorno il feudalismo per la natura feudale di quel regno si mantenne più saldo, ma certo, scadendo sempre della sua importanza, meno che come sistema politico; poichè i feudi erano inalienabili, succedendosi *iure Francorum*, e quindi erano devoluti ad una classe di eredi e col vincolo della primogenitura; l'alienazione richiedeva l'assenso regio.

Ma in Sicilia Pietro d'Aragona con la costituzione *Statuimus* diede facoltà ai baroni di alienare ed obbligare i feudi, salvo un diritto di prelazione, e da quell'epoca i feudi di Sicilia si trasformarono in enfiteusi od in allodi. Certo, dal feudo l'enfiteusi ne uscì non senza essere intinta di un certo colore feudale. Però non bisogna esagerare: perchè si distinse molto bnne la enfiteusi che ritraeva più del carattere feudale nella enfiteusi *ex pacto et providentia,* nella quale l'elemento della alienabilità o trasmissibilità aveva per influenza del feudo subìto profonde modificazioni. Eppure la scienza tentò di farla addivenire, per quanto possibile, durevole oltre la terza generazione per mezzo del principio di equità di Bartolo applicato a larga mano specialmente nelle provincie settentrionali. Ma la enfiteusi ereditaria mantenne inalterati i caratteri fondamentali dell'enfiteusi classica, potette avere un'analogia più o meno

lontana da far dire al cardinale De Luca essere formata la enfiteusi *ad istar feudi*, come altra volta Ulpiano aveva trovato l'analogia tra l'enfiteusi e l'usufrutto, ma era un contratto che non poteva e non doveva confondersi col feudo perchè di una indole tutto diversa. L'uso del linguaggio giuridico potè molto bene essere alterato; il diritto di prelazione potè essere detto retratto, quello alla quinquagesima parte laudemio, il contratto di concessione investitura; ma nella sostanza rimase prelazione, quinquagesima e contratto enfiteutico della enfiteusi classica, tanto più che quei nomi nel contratto feudale avevano una importanza diversa (vedi Poggi, *Sist. livell. tosc.*, I, § 36). Ora, se la enfiteusi rimase o generalmente risorse senza nulla cambiare dei suoi elementi essenziali, senza che il feudo (meno naturalmente su quella *ex pacto et providentia*) avesse esercitato un'influenza sostanziale, ci pare da un lato poco esatto il dire essere la enfiteusi fino alle moderne legislazioni un avanzo del feudalismo, anzi confonderlo con questo addirittura, e dall'altro canto, dato che essa si conservo o si ricostituì sotto la forma classica, e che il feudo nulla aggiunse, neppure il concetto del dominio utile, checchè ne dica il Poggi, è vano il ricercare fino a qual punto può essere vero che la indivisibilità del canone enfiteutico dipenda, o per lo meno si sia un poco più accentuata con l'elemento feudale. Sicchè i DD. e le decisioni molteplici che con una costanza senza eccezione propugnano la indivisibilità del canone enfiteutico, fanno fede di una qualità giuridica insita nel carattere della pura enfiteusi; anzi il principio della indivisibilità era formulato nettamente da queste parole: che il diritto di esigere il canone formava un vero elemento della proprietà *diretta*. (Fulgineo, *De cont. emph. quaest.*, 31; Coccej, *Disput. de emphyt.*, c. 4, § 6, cap. 9, n. 10; D'Afflicto, *Dec.*, 1, 5, 4; Avrel. Corb., *De jure emph. de caus. priv. ob consol. con.*; Tul. Clar., *Quest.*, 8; Ant. Gam., *Dec.*, 49; Camill. Borrel., *In summa decis.*, p. I, tit. *De emph.*, n. 262; De Marinis, *Decis.*, 2, 326; Surd., *Decis.*, 32, n. 7). Qualcuno di questi scrittori si spinge sino al segno di mantenere la indivisibilità anche per gli eredi per solo pagamento del canone enfiteutico. Bisogna convenire che non sono mancati scrittori che hanno propugnato la divisibilità della obbligazione, ma oltre che non era questa la comune opinione, quegli scrittori vi giungono proprio con lena affannata, quantochè per sostenere la loro tesi sono costretti a presumere che il proprietario, prevedendo il caso di trasmissibilità e anche di vendita del dominio utile, avesse fin dal momento della costituzione anticipato implicitamente il suo assenso nell'atto di concessione (Vales., *De jure emphyt.*, qu. 38, n. 11, 12; Poggi, loc. cit.). Bisogna convenire che ci è voluto uno sforzo per giungervi, e poi implicitamente si è venuto a riconoscere che non si può dividere senza l'assenso del *dominus*, una volta che questo si è dovuto presumere.

L'enfiteusi verso la fine del secolo passato era per riordinarsi meglio, quando fu novellamente perseguitata dalle nuove idee della rivoluzione francese. I nuovi tempi non potettero perdonare alla enfiteusi il connubio e l'affinità col feudo. E a dire che questo istituto si era reso benemerito, quantochè per mezzo suo l'agricoltura aveva acquistato un incremento non sperabile con altri contratti; che in tempi difficili, se il colonato aveva alleviata la condizione dei servi rustici dando loro una mezza libertà, l'enfiteusi aveva reso completamente libero l'agricoltore, facendolo partecipare al dominio del proprietario, e rendendo la sua condizione ancora più indipendente e sicura dello stesso libero fittuario, non ostante i titoli di benemerenza di questa istituzione, era come parlare ai sordi. La si disse avanzo di altri tempi, figlia legittima del feudalismo, istituzione decrepita e codina, e giù colpi da orbi, fino a cancellarla dal codice francese. Però la enfiteusi a dispetto del codice e delle idee della grande rivoluzione, restò nei costumi forse più accarezzata di prima.

I tribunali e le Corti d'appello in Francia bisognò che le facessero di cappello, e due arresti della Corte di cassazione di Parigi, uno del 1822, l'altro del 1832, non solo ne riconoscono tutta la importanza, ma la giudicano nella sua forma classica. Le rivoluzioni politiche furono sempre fatali a questo istituto; appena infatti di legislazione si credè doversi modificare qualcosa, per la così detta esigenza delle idee nuove, la enfiteusi è la prima ad essere presa di mira. I lavori preliminari per la compilazione del codice civile italiano lo attestano. Il primo progetto Pisanelli era pubblicato non dando posto alcuno al contratto di enfiteusi; l'illustre giureconsulto napoletano aveva dovuto nei primi tempi sacrificare la sua opinione individuale trovandosi nelle provincie settentrionali in ambiente contrario all'enfiteusi, ma fu felice quando nel seno della Commissione nella tornata del 17 maggio 1865 egli col Niutta si fece il più strenuo difensore dell'istituto dell'enfiteusi; anche in quella tornata della Commissione si parlò della ripugnanza giuridica della coesistenza dei due dominii, d'istituto che aveva fatto il tempo (frase di occasione), ma grazie alla dotta difesa del Pisanelli e del Niutta sostenuta con un profondo senso giuridico, la enfiteusi, un po' malconcia sì, ebbe il posto che le spettava nel nuovo codice civile italiano. È a notare che la preoccupazione maggiore dei giureconsulti che volevano abolire la enfiteusi era la coesistenza dei due dominii, il diretto e l'utile, con tanta tenacità aveva tra noi messa radice una distinzione poco felice dei prammatici della scuola italiana! In Sicilia, prima ancora della pubblicazione delle ll. cc. pel regno delle Due Sicilie del 1819, era opinione comune, invalsa anche nella pratica e negli usi dei tribunali, di considerare la enfiteusi come un vero condominio, idea che prevalse nel concetto generale dell'enfiteusi del codice napoletano, quantochè circa al diritto di

prelazione fu fatta un'eguale posizione ad entrambi in caso che uno o l'altro volesse vendere il suo dominio. Questa idea del condominio era più netta, e meritava però di essere coltivata scientificamente e discussa sino a che punto poteva essere accettata dalla scienza; ma, appena pubblicato il codice francese nel mezzogiorno e dopo il napoletano nel 1819, che ne ritenne tutto il contenuto meno qualche modificazione, si ebbe una vera invasione di commentari francesi e si spezzò sventuratamente in gran parte la tradizione di una scuola giuridica illustre. La inveterata opinione della coesistenza di due domini era ed è ancora così tenace, che si credeva fosse proprio la caratteristica essenziale dell'enfiteusi; ed è curioso che nel nostro codice civile, se si bada un poco alla redazione degli articoli, si vedrà che i compilatori hanno posta molta cura a non pronunziare mai nè rispetto al proprietario, nè rispetto all'enfiteuta il nome di proprietario o di domino, tanto preoccupava di vedere anche nelle parole la coesistenza dei due dominii. Invece, prendiamo un altro codice uscito da una scuola romanista più pura di quella rappresentata dai nostri prammatici, e vedremo che la coesistenza dei due dominii nell'enfiteusi sparisce una volta che si voglia considerare e presentare questo istituto nel suo concetto classico. I discendenti di Voet, di Grozio, di Vinnio, di Noodt e di tutta quella illustre schiera di giureconsulti della scuola olandese, non si potevano accomodare alla vecchia ed inesatta distinzione dei due dominii, e se qualche volta parlano di dominio utile lo prendono in un significato alquanto diverso da quello che fu ritenuto da noi; cioè nel senso che all'enfiteuta spettasse la facoltà di godere della utilità della cosa altrui. Ond'è che il codice civile olandese nel ristabilire la enfiteusi nell'articolo 767 la definì per il *diritto reale che consiste* nell'avere il pieno godimento di un *immobile altrui.*

Resta a vedere ora come è stata ricostituita la enfiteusi nel nostro codice civile, se sia stata del tutto trasformata da non corrispondere più a quel tipo classico, che per sommi capi abbiamo esaminato innanzi.

Non possiamo non convenire che l'istituto dell'enfiteusi abbia nel codice italiano subìto importanti modificazioni, e tali da rimanere dubbiosi, se potessimo distinguere qualcuno di quei caratteri fondamentali della enfiteusi classica; specialmente si è levato spesso il dubbio, se sia da considerarsi più l'enfiteuta il vero *dominus*, ma di un dominio limitato dal canone, ovvero resti il direttario ancora come il vero proprietario di un dominio limitato dall'enfiteusi. Prima di dire quello che ne pensiamo, esprimiamo un voto, ed è che la magistratura, ed in generale chi si trova a contatto con la scienza giuridica, cerchi di rapportare le istituzioni giuridiche, in ispecial modo quelle che oggi mostrano un carattere incerto e ben poco definito, ai tipi classici, finchè una chiara ed esplicita determinazione di

legge non lo vieti. Con questo criterio le idee giuridiche vengono più corrette e gli equivoci e le incoerenze si evitano. Ora esaminando all'ingrosso le modificazioni apportate dal codice civile italiano alla istituzione dell'enfiteusi, una sola a nostro credere può dirsi importante, il resto, non esclusa l'abolizione del diritto di prelazione e di laudemio, non ci sembra che maggiore o minore estensione data al diritto dell'enfiteuta, maggiore o minore limitazione messa al diritto del suo proprietario. La sola modificazione rilevante è il diritto concesso all'enfiteuta di redimere l'enfiteusi a suo arbitrio e non ostante neppure un patto in contrario.

Prima di portare la nostra attenzione sul valore giuridico di questo diritto così esteso concesso all'enfiteuta, e su cui la Corte di cassazione di Palermo ha concentrata tutta la forza della sua argomentazione, è bene di esaminare se gli altri criterii giuridici dai quali da noi si deduceva la indivisibilità del canone, possono reggere col carattere della nuova enfiteusi.

Quanto alla distinzione dei due dominii, abbiamo veduto come il legislatore italiano si sia studiato di non farla apparire nemmeno nelle parole: del resto, anche ammettendosi, non sarebbe per questo violato il nostro principio; ma noi la respingiamo per le ragioni dette innanzi; e solo ci resta ad esaminare se è giuridicamente possibile di considerare l'enfiteuta come il vero proprietario, facendo scendere il concedente alla condizione di un creditore. Francamente non possiamo non meravigliarci come questo concetto lo si senta ripetere da uomini intelligenti della scienza giuridica. Per accettarlo a dovere, bisognerebbe ammettere che l'intero dominio passi all'enfiteuta nell'atto della costituzione dell'enfiteusi, e che ne resti vincolato solamente a causa del canone che, secondo questo concetto, sarebbe l'interesse di un capitale. In questo caso ci troveremmo, senza avvederci, nel contratto di costituzione di rendita fondiaria, di cui la legge con gli articoli 1780, 1782 vi disegna nettamente il carattere. Ciò non solo non si trova nell'enfiteusi, ma è assurdo che vi si trovi, primo perchè sarebbe una superfetazione e secondo perchè non si concepirebbe il diritto alla devoluzione, che manca completamente alla rendita costituita. Ne è a dire che ai sensi dell'articolo 1565 il diritto alla devoluzione è subordinato alla preferenza accordata all'enfiteuta di redimere il fondo, il che potrebbe fare credere che esso si risolva indirettamente nel diritto che ha il cedente nella costituzione di rendita di obbligare il debitore al riscatto, perciocchè, salvo questo diritto di preferenza, la devoluzione è propria dell'enfiteusi, mente non la si può incontrare nella costituzione di rendita. In quest'ultimo contratto, passato il dominio nell'atto di costituzione, non vi resta che un creditore ed un debitore; nell'enfiteusi il dominio non è passato, ma sono trasmessi nell'altro molti diritti che sono inerenti al dominio, ciò che per altro s'incontra nel più modesto diritto di servitù; il rapporto

resta sempre tra un proprietario e colui il quale esercita quei diritti, estesi quanto uno possa immaginare, ma sempre sopra una *res aliena.*

Per la qual cosa, non trovando modificato nulla di sostanziale per questa parte, parimente non c'è nulla da mutare nelle nostre deduzioni quanto alla indivisibilità del canone enfiteutico. Si noti per altro che nel caso pratico non si tratta la questione della indivisibilità o meno del canone enfiteutico, nel caso che più godessero lo stesso fondo indiviso; è questa una questione che lasciamo da parte per non andare per le lunghe, ma del caso che il fondo enfiteutico sia stato diviso tra altri due senza il consenso del proprietario. Ora se nell'atto della costituzione il canone delle parti, per natura stessa della obbligazione e per la figura giuridica in cui si rappresenta, è considerato come diviso, come è possibile che questa prestazione contratta originariamente tra due determinate persone o, se si vuole, anche tra un creditore ed un debitore, ma che rappresenta sempre il dominio del proprietario, possa essere divisa col dividersi la *res aliena* senza il consenso del proprietario? Poichè il canone enfiteutico corrisponde al dominio del concedente, sebbene per la materia divisibile, non ha potuto essere inteso dalle parti che come una cosa sola e quindi entra nei criterii degli articoli 1186, 1187 del codice civile. Altrimenti le conseguenze sarebbero gravissime per il concedente. Diviso per vero il fondo enfiteutico, ed obbligato il concedente a riceversi tanti diversi canoni per quante sono state le parti del fondo diviso a sua insaputa, si dovrebbe accettare a cuore franco queste conseguenze, che siano dal semplice fatto della divisione nate tante enfiteusi per quante sono le parti; più che se uno di questi nuovi enfiteuti non paga il suo canone per tre anni, il proprietario che alla devoluzione, si dica quel che si voglia, procede con un'azione reale, deve esercitare il diritto di devoluzione sopra una parte del fondo originario, o, a norma dell'art. 1565, contentarsi di una frazione del valore patrimoniale del suo dominio. Ci può essere qualche principio troppo al di sopra della nostra intelligenza per spiegare queste conseguenze per le quali il concedente debba essere obbligato a frazionare il dominio suo malgrado, ma confessiamo di non vederlo, e che tutto ciò ci riesce incomprensibile.

La Corte di cassazione nota gli inconvenienti della indivisibilità del canone quando considera il diritto a redimere larga mente concesso all'enfiteuta. Quella facoltà così assoluta resterebbe, secondo il supremo magistrato di Palermo, poco meno che una ironia, se si volesse considerare il canone indivisibile. Innanzi tutto è utile ricercare quale significato giuridico è da attribuire a questa facoltà sconfinata concessa all'enfiteuta di redimere il fondo. Chi credesse che per mezzo di essa l'enfiteusi abbia cambiata completamente natura, e deve essere considerata tutt'altro che l'enfiteusi antica, non solo nel diritto

all'affranco ma ancora in tutte le altre funzioni, secondo noi è in errore. L'enfiteusi, nella sua essenza giuridica, non ha cambiato gran fatto la sua fisonomia. L'articolo 1556 che la definisce, la determina di sua natura *perpetua* quando non vi è stabilito un termine. Quindi se l'enfiteusi è di sua natura *perpetua*, la facoltà concessa al solo enfiteuta, anche contro il consenso del concedente, si disegna già per sè come un *ius singulare contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum* (L. 16, *de legib.*); e le utilità si comprendono da sè senza bisogno di menzionarle. Lo scopo di questo *ius singulare* è evidente, cioè costringere il solo *dominus*, il proprietario, a vendere il proprio dominio, sicchè il passaggio del dominio non si effettuerebbe nell'atto della costituzione della enfiteusi, perchè, come si disse, si cadrebbe nel contratto di costituzione di rendita, ma nell'atto dell'affrancazione. Nel diritto antico l'enfiteusi era e doveva essere di sua natura perpetua una volta che un *ius in re aliena* era trasmissibile ed alienabile, oppure questo diritto perpetuo poteva, oltre il caso di pena, estinguersi solo per la volontà delle parti, sia che l'enfiteuta avesse voluto cedere al *dominus* il suo diritto, sia che questi avesse voluto cedere il suo al primo. Nel diritto moderno, essendo conservato lo stesso carattere di *ius in re aliena* trasmissibile ed alienabile, anzi con maggiore estensione l'enfiteusi logicamente ha dovuto essere riconosciuta espressamente perpetua. Onde è che il diritto di affrancazione non può essere concepito che come una qualità estrinseca, come un *beneficium* concesso all'enfiteuta di costringere il proprietario a cedergli il proprio dominio. In questo *ius singulare*, nella vendita forzata del dominio sta, secondo a noi pare, il carattere giuridico dell'affrancazione. Ora per l'indole del diritto singolare è di rigore la stretta interpretazione, e non di poter essere allargato oltre il confine della legge ad esso assegnato. E di vero dalla natura dell'enfiteusi riconosciuta dalla legge stessa perpetua non si è derogato che per la facoltà concessa all'enfiteuta di renderla temporanea con l'affrancazione; questo beneficio, appunto perchè beneficio e quindi estrinseco, non debbe estendersi fino al segno da mutare gli altri caratteri sostanziali dell'istituto. L'enfiteuta può rendere in virtù di questa facoltà temporaneo quello che è perpetuo per la natura dell'istituto, ma non può per questa sola facoltà rendere frazionabile all'infinito il dominio del concedente. Il beneficio concesso all'enfiteuta non può in mente della legge mutarsi in pregiudizio dei diritti del concedente, i quali debbono rimanere integri, meno in quella sola parte espressamente determinata dalla legge. Il concedente non può, allegando la perpetuità dell'enfiteusi, opporsi all'affranco; ma può opporsi che esso venga fatto in modo da pregiudicare i propri interessi. Per la qual cosa, se il dominio non è stato diviso dal proprietario, o, che vale lo stesso, non è stato ratificato espressamente o tacitamente da lui, il conce-

dente può essere costretto a cedere il suo dominio, quando gli si offre l'intero valore patrimoniale, del medesimo, e il possessore anche di una parte, per quanto piccola si voglia immaginare, avrà il diritto di farsi concedere le ragioni del *dominus* contro gli altri. È regola riconosciuta che quando qualcuno per rigore di diritto è obbligato a pagare tutto un debito che o non è suo, o è suo solamente in parte, abbia diritto a farsi cedere le azioni dal creditore (L. 47 *locat.* (19, 2). L. 19 *qui pot. in pig.* (20, 4). L. 17, 41, § 1 *de fideiuss.* (46, 1). L. 95, § 10, *de solut.* (46, 3). L. 13 C. *de loc. cond.*). La Corte di cassazione si preoccupa delle conseguenze della indivisibilità del canone prevedendo le difficoltà dell'affrancazione, e non si preoccupa delle conseguenze della divisibilità che possono verificarsi a carico del concedente. E di vero, indipendente dal pregiudizio di vedersi frazionare a sua insaputa il dominio, oggi maggiormente più che prima chi lo garentisce dalla perdita eventuale delle altre parti della cosa? Costretto ad affrancare una notevole parte del fondo contro una corrispondente parte del capitale, parte che dà una rendita sufficiente a pagare tutto il canone quale lo ha percepito; se l'altra parte posseduta da un altro va perduta per caso fortuito, una tale perdita, in virtù della invocata divisione del canone, sarà a carico del concedente, mentre l'articolo 1560 lo garentisce contro il deperimento parziale del fondo.

Le giurisprudenza dei tribunali e delle Corti in Italia, sì prima che dopo la riforma apportata nell'istituto dell'enfiteusi, non si è allontanata dalla tradizionale coscienza giuridica della indivisibilità del canone enfiteutico. Così la Corte di Torino, 14 gennaio 1851 (B. III, 2, 55), quella di Napoli, 27 gennaio 1869 (XXI, 2, 53) e per la divisibilità solo rispetto agli eredi, quella di Palermo 1866 (XX, 2, 524).

Per la via scelta dalla Cassazione di Palermo non si può adunque pervenire ad un risultato soddisfacente, e facciamo voti che il suo consiglio non venga seguìto dalle altre Corti del Regno.

Prof. NICOLA DE CRESCENZIO.

APPENDICE XX.

L'enfiteusi ed il diritto di devoluzione per il mancato pagamento biennale dell'annuo canone.

I.

Tra le tante questioni, che la scienza ha sollevate dopo la pubblicazione della vigente civile codificazione, è pur troppo grave quella relativa alla devoluzione del fondo enfiteutico per il non pagato canone.

Le due annualità di canone non pagate devono precedere la interpellazione, ovvero devono scadere dopo la interpellazione medesima?

La questione è stata decisa da due delle principali Corti della Sicilia. La Corte di Catània ha opinato che il domino diretto può domandare la devoluzione del fondo enfiteutico, se l'enfiteuta non paga il canone per due anni prima della interpellazione (1).

La Corte di Messina ha abbracciata l'opposta teoria, cioè che il domino diretto può domandare la devoluzione del fondo scorsi due anni dal dì della notificata legale interpellazione. Noi crediamo che la Corte di Catania, sebbene in quell'epoca presieduta dal distinto giureconsulto comm. Camillo Longo, pure, nel far lieto viso alle domande del direttario, ha falsato lo spirito della legge, ne ha violato la lettera ed ha attentato all'elemento progressivo della nostra legislazione in fatto di diritto enfiteutico. Lo dimostreremo brevemente.

II.

L'egregio estensore di quella sentenza, Antonio Silvestri, ritiene che lo spirito della legge ed i principii della scienza sulla legislazione comparata si oppongono al principio sostenuto dalla Corte di Messina; imperocchè opina che il trascorrimento di due anni dopo una legittima interpellazione per promuoversi il giudizio di devòluzione sarebbe inopportuno, senza scopo e dannoso. Sarebbe

---

(1) *Annali di giurisprudenza italiana*, vol. X, anno 1876, pag. 445. Corte di appello di Catania, 4 marzo 1876, Conti e Serretta.

inopportuno, perchè non conforme a giustizia il dovere il domino diretto aspettare due anni per lo sperimento dei suoi diritti di proprietà, dopo avere atteso due anni per poter far l'atto di messa in mora; sarebbe senza scopo, avvegnachè non fa d'uopo che l'enfiteuta abbia un tempo di due anni per adempiere alle sue obbligazioni ed ai patti assunti per convenzione e per legge. Sarebbe dannoso, poichè riuscirebbe molto difficile all'enfiteuta pagare quattro annualità, e darebbe agio a quest'ultimo nel corso dei due anni a ricavare dal fondo quanto più potrebbe, distruggendo tutte le migliorie del fondo. In ultimo quel distinto estensore crede trovare un motivo di decidere nei principii della legislazione del 1819, messi in rapporto coi diversi criterii che informano la nuova legislazione in fatto di diritto enfiteutico; conciossiachè, secondo le idee di quella Corte, la teoria contraria importerebbe che, mentre per il codice del 1819 l'azione di scioglimento pel mancato pagamento del canone poteva sperimentarsi dopo tre anni, per il nuovo codice vi abbisogna l'elasso di anni quattro.

Ecco in sintesi le ragioni sulle quali si fonda il pronunciato di quella Corte.

III.

Nel leggere quella sentenza ci venne in mente quanto scriveva su di una questione pur troppo grave, relativa alla libertà individuale, un illustre consigliere della Corte di cassazione di Napoli, il comm. Narici: « Bene però avvertiva il Carrara non « esservi ripugnanza, per quanto illogica, la quale valga a trat- « tenere lo zelo dei rigoristi, e ciò discendere dalla debolezza « della umana natura ».

E di vero mentre gli uomini chiamati al potere fanno tutti i possibili sforzi per far camminare la umanità sempre avanti; il leggere taluni pronunciati, i quali non sono informati alla grande legge del progresso, dell'indefinito umano incivilimento, agita un tantino gli uomini della scienza.

Con quel rispetto dovuto a quel Collegio, noi crediamo che la sentenza della Corte di Catania non comprende nessuna idea giuridica. Non si fonda che su di una specie di giuridico sentimentalismo. Lo dimostreremo.

IV.

Due fattori informavano il diritto enfiteutico nelle sue esplicazioni storiche; l'elemento economico e l'elemento politico. Vastissime lande abbandonate, per manco di braccia, in tempi quando le continue guerre affliggevano l'umanità. Immensi terreni incolti e selvaggi, quando il feudalismo non voleva adattarsi alla coltura dei campi e ne cedeva la cura agli *addicti*

glebae, ai *res fundi*, furono i due criterii, su dei quali adagiavasi l'istituto enfiteutico. Il diritto enfiteutico nell'antichissima monarchia di Egitto, l'*ager publicus* da cui l'*ager vectigalis*, informato nel medio evo dalle leggi feudali, mostrano a chi non è straniero alla storia del diritto, l'immensa differenza tra lo elemento razionale dell'antico diritto enfiteutico e quello su del quale oggi si basa il moderno enfiteutico istituto. Il vincolo feudale e fedecommessario costituiva l'antico contratto enfiteutico, che spesso veniva col feudo confuso (1); la libertà oggi informa un contratto, che, atteso l'attuale economico svolgimento, non ha ragione di esistere. Bisogna una volta che le terre siano sciolte da un vincolo che ne osteggia la libera circolazione, abbassando il credito fondiario, che suppone sulla stessa cosa quasi due diritti, e che introduce nello stesso fondo due padroni ad un tempo, agghiacciando il cuore al domino utile, snervandone l'attività pel pensiero funesto di una possibile devoluzione.

V.

Chi non ama rimanere stazionario nello studio di una scienza eminentemente progressiva qual'è la scienza del diritto chi ha seguìto le fasi della teoria giuridica romana sul di ritto enfiteutico, ben conosce la grande linea di demarcazione esistente non solo fra lo istituto giuridico della enfiteusi nell'epoca romana, medioevale e nostra, val quanto a dire prima della legislazione del 1866; ma non ignora pure la differenza fra i principii della teoria giuridica romana, con la moderna teorica latina. Le teoriche del Thibaut, Savigny, Büchel, Glück, Elvers, Kuntze, Vuy, Puchta, Lattes, Dernburg, Ruddorf, Brinz, Böcking, Windscheid, Mühlenbruch, Förster, Wächter, Arndts, Schmidt, Serafini, ecc., provano che la teoria romana sul contratto enfiteutico ha fatto dei progressi nel senso del concetto giuridico di tal diritto, che per la moderna teoria dei romanisti sta in un diritto reale, trasmissibile ed alienabile al godimento pieno di un fondo altrui, simile a quello che concede la proprietà (2) *idque dominio proximum*, secondo l'illustre Mühlenbruch (3).

VI.

Il diritto reale, per la tutela del quale, secondo il romano diritto, l'enfiteuta poteva valersi dell'*utilis negatoria* e della

(1) GREGORIO, *Introduzione al diritto pubblico di Sicilia*, Lib. II, capo 4, in nota. — CLARO, § *Feudum*, quaest. III.
(2) L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*. — Trad. SERAFINI, § 196, vol. I.
(3) MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, § 298.

confessoria in rem actio (1), era limitato solamente dall'obbligo di non deteriorare la cosa e di pagare un tributo (canone) al proprietario, al *dominus emphyteuseos.*

Se l'enfiteuta senza alcuna ragione non pagava il canone per tre anni nelle enfiteusi comuni e due nelle ecclesiastiche (2), finiva la enfiteusi. Pure ad onta di tale categorica sanzione l'enfiteuta era ammesso al beneficio di purgare la mora, anche dopo la devoluzione domandata dal concedente (3): *licentiam ei concedimus, attestatione praemissa, pecunias offerre hisque obsignatis, et secundum legem depositis, minime dejectionis timore periculum* (4).

Tal diritto dell'enfiteuta alla purgazione della mora veniva pure sorretto dalla legge 105, D. *de solut. et liberat.*, e dalla legge *trajectitiae* 23, D. *de obligat. et act.*, dalla legge 32, D. *de usuris*, dalla legge 91, § 3, D. *de verbor. obligat.* e dalla legge 19 *acceptam de usuris*, in base alle quali l'enfiteuta poteva soddisfare il debito con moderata dilazione.

La dottrina anzi richiedeva da parte del domino diretto un atto d'interpellazione. Se il domino diretto non adempiva a tale obbligo, non poteva aver luogo la devoluzione. *Quod si emphyteuta debito modo realem fecerit intra illud tempus canonis oblationem, sufficere ea videtur ad evitandam caducitatis aut aliam poenam, et si consignatio ac depositio pecuniae subsecuta non sit* (5).

VII.

Per la legislazione dell'ex regno delle Due Sicilie, la purgazione della mora all'enfiteuta, che per il continuato corso di tre anni non aveva pagato il canone, non formò mai obbietto di questione. Risultava netto dalla interpretazione sistematica degli articoli 1689, 1137, 1502 e 1197 LL. CC. (6).

Tale purgazione di mora accordavasi pure all'enfiteuta nelle antiche concessioni enfiteutiche, dove leggevasi pattuita la caducità per effetto del continuo triennale pagamento del canone avvenuto sotto l'impero delle nuove leggi.

In Sicilia i magistrati fondavano il loro pronunciato, oltre delle leggi romane sul Cap. 154 di re Alfonso, che dichiarava di nessun effetto le clausole penali aggiunte a tutt'altri contratti, eccetto che quello di compromesso, vietandone la esecu-

(1) L. 16 D. *de serv.* 8. 1.

(2) L. 2 Cod. h. t. — Nov. 7, cap. 3, § 2. — Nov. 120, cap. 8, cap. 2, § 7. Cod. 10 qu.

(3) Covarruv, *Var. resol.*, lib. 3, cap. 17, num. 4. — Cardinal De Luca, *Disc.* 77, nn. 6 e 7; Donello, Tomo VII, *De mora.*

(4) L. 2 Cod., *De jur. emphyt.*

(5) Voet, *Si ager vectigalis*, num. 39. — Faber, Cod. lib. 4, t. 43, def. 15.

(6) Duscio, *Enfiteusi*, num. 378.

zione, benchè il promettente rinunziato avesse al beneficio dello statuto (1), e sul nostro diritto consuetudinario (2).

In Napoli la magistratura fondavasi sul Capitolo *legem veterem*, che accordava la purgazione della mora financo dopo la contestazione della lite. Non ostante l'espresso patto di avvenire la caducità appena l'enfiteuta non pagava per tre anni il canone, quella costante giurisprudenza abilitava il concessionario a purgarne la mora in un termine, che stabilivasi nella sentenza sulla chiesta devoluzione ed anche in appello (3).

La clausola risolutoria ritenevasi come non opposta (4).

La stessa caducità convenzionale, rafforzata dalla rinunzia al beneficio della purgazione della mora non produceva nessun effetto giuridico. Non ostante la rinunzia al beneficio di purgare la mora, contenuta nello stesso contratto di concessione, l'enfiteuta era ammesso dal magistrato a tale beneficio, e la vagheggiata devoluzione non aveva luogo (5).

VIII.

Fermate queste idee, ne risulta la inappuntabile conseguenza che per i principii della legislazione comparata la devoluzione del fondo enfiteutico non aveva mai luogo appena compito il triennio o appena fatta la interpellazione all'enfiteuta. Dopo l'uno e dopo l'altra vi stava un periodo, nel termine del quale l'enfiteuta era facoltato al pagamento degli arretrati canoni, e così scongiurare la devoluzione.

IX.

Or se in tempi che il contratto enfiteutico era informato ad un sistema feudale, poichè ragguagliando l'istituzione dell'enfiteusi con quella dei feudi, che fu la base del diritto pubblico medioevale, non si può a meno di discernere fra l'una e l'altro una singolare analogia (6); la risoluzione era la regola e l'allibertamento del fondo enfiteutico la eccezione, l'enfiteuta godeva molta garanzia quando per il corso di tre anni non adem-

(1) Item quod poena adjecta in contractu alio, quam in contractu compromissi, non exigatur, etiam si sit renunciatum cum juramento huic ordinationi.

(2) GIURBA, *Cons.* cap. I. — MUTA, *Cons.* n. 10.

(3) URSILLO, alla decis. 174 di Afflitto. — CAPECELATRO, Decis. 30, n. 16. — DE FRANCHIS, Decis. 482, n. 10.

(4) Arresto della Suprema Corte di Napoli 2 aprile 1842 — Decis. della G. Corte Civile di Catania del 16 dicembre 1843, e del 16 di aprile e 9 agosto 1841.

(5) URSILLO, Annotaz. alla decis. 174 di Afflitto. — DUSCIO, op. cit. n. 390.

(6) V. P. F. BERTOLINI, *Storia del Medio-Evo*, lib. I, pag. 7. — SAVIGNY, *Il diritto Romano nel Medio-Evo.*

piva al pagamento del canone, può sostenersi nei tempi attuali, di fronte ai progressi della scienza economica — in tempi che il progresso economico sta nella libertà della proprietà fondiaria, che l'allibertamento del fondo enfiteutico è la regola, e la devoluzione la eccezione — che l'affrancazione è un diritto dell'enfiteuta — che sono stati soppressi il diritto di prelazione, di laudemio — che si sono ristretti i casi di devoluzione; che lo svincolo è in pro dell'enfiteuta anzichè del concedente; che il contratto enfiteutico è disvestito d'ogni mistura di elementi feudali; insomma in tempi che l'enfiteusi è una specie di colonia a lungo tempo, si può mai sostenere in tale istituto giuridico la esistenza di una clausola risolutoria, di una clausola evocatoria?

A dirla franca, ci sembra una abberrazione sostenere tale teoria.

X.

Crediamo essere un principio inappuntabile che il non pagamento del canone per il corso continuo di anni due non costituisce una clausola risolutiva; imperocchè, sebbene per l'ultimo alinea dell'articolo 1165 LL. CC., può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circostanze, l'idea di una interpellazione obbligatoria da parte del direttario, esclude giuridicamente la esistenza di una condizione risolutiva, la quale, verificata, produce, per effetto di legge, la risoluzione del diritto.

E di vero considerata attentamente la condizione risolutiva non è altro che la condizione sospensiva di una dichiarazione accessoria di volontà, diretta ad annullare gli effetti della dichiarazione principale. È il concetto ultimo della scuola germanica (1).

Trattandosi di una condizione risolutiva, il contratto, cui fu aggiunta, è risolto; e i suoi effetti retrotratti come se nulla fosse stato conchiuso: *si ad diem pecunia soluta non sit,* o: *si displicuerit ut inemta invendita res sit* (2). *Pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio ablata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dederit* (3).

La natura giuridica dell'istituto enfiteutico esclude l'idea di una condizione risolutiva.

Consentita l'enfiteusi, il rapporto di diritto non è dipendente da nessuna condizione ed il cui concetto, secondo noi, ad onta

---

(1) WINDSCHEID, *Pand.* § 86. — THIBAUT, *Tratt. civ.* num. 17. — CROPP, *Tratt.* I, p. 193, 195. — CRYLARZ, *Sulla teoria delle condizioni risolutive.*

(2) D. *de lege comm.* 18, 3. — Leg. 10, pr. § 1. — D. *de rescind. vend.* 18, 5 — Leg. 1, § 3, 5, D. *pro empt.* 41, 4.

(3) L. 4, § 3, D. *de in diem add.* 18, 2.

delle energiche opposizioni dello Schönemann (1), Windscheid (2) e Romer (3), sta nella volontà che si dispiega in un atto giuridico, e che fa dipendere sè stessa e gli effetti cui intende da un avvenimento, fallito il quale essa pure si ritiene come non manifestata (4).

Il contratto enfiteutico consentito è un rapporto di diritto compiuto. Del pari l'idea savignyana, di una prestazione istantanea (5) viene pure esclusa. L'istituto giuridico insomma, mentre comprende un'anomalia, secondo noi, cioè due dominii, quali sono il diritto competente al direttario, e l'altro utile appartenente all'enfiteuta, importa per quest'ultimo la libera disposizione del fondo enfiteutico, senza che sia soggetto a modalità alcuna.

Fermato tal principio, cioè la esclusione nel contratto enfiteutico di una clausola risolutiva, o avocatoria, come la chiamavano taluni scrittori di diritto enfiteutico, esamineremo la questione a traverso i puri principii di un rapporto obbligatorio puro e semplice.

XI.

L'art. 1565 è concepito così:

« Il concedente può chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico, qualora l'enfiteuta non preferisca di redimerlo a norma dell'articolo precedente.

« 1.° Se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi ».

Non si potrebbe comprendere tal sanzione senza supporre la idea di due termini, cioè: di un termine primordiale, *dies ex quo* o *a quo,* il termine per la interpellazione di un termine finale *dies ad quem,* il termine del pagamento, e di conseguenza, nella ipotesi del non pagamento, della devoluzione. Scadute le due annualità è nato quindi il debito, il direttario ha il dovere, volendo, di mettere in mora l'enfiteuta; decorsi due anni dal dì della legittima interpellazione l'enfiteuta ha il diritto di intentare il giudizio di devoluzione.

Non adottandosi tal teoria, che ci sembra risultar netta dalla lettera della legge, ne risulterebbe falsato lo spirito della legge, violati i principii della legislazione comparata, trasgredite le disposizioni categoriche di legge, ed offesi i diritti dell'enfiteuta. Si falsa il principio, poichè scopo della novella

---

(1) SCHÖNEMANN, Priv. di Linde, N. 5, XIX.
(2) WINDSCHEID, Op. cit. § 86, nota 2.
(3) RÖMER, *La novazione condizionata,* pag. 82 e segg.
(4) V. SAVIGNY, *Droit romain,* III, § 116-124. — BUENOIR, *Théorie de la condition.* — ARNDTS, Op. cit. § 66.
(5) SAVIGNY, *Le droit des obligations,* tit. I, § 28.

legge è stato purificare tal contratto dai suoi vecchi vizii, reliquie del sistema dei vincoli feudali e fedecommessarii. La libera disposizione del fondo enfiteutico, la proibizione del laudemio, la redimibilità assoluta del fondo, mostrano come scopo del novello riordinato istituto enfiteutico è l'allibertamento del fondo; la libera circolazione della proprietà fondiaria. Lo svincolo difatti è stato sanzionato piuttosto in favore dell'enfiteuta che del concedente. La nuova legge è più benigna per l'affrancazione che per la devoluzione. Se si adottasse il sistema della Corte di appello di Catania ne risulterebbe falsato lo spirito della legge, poichè si favoreggerebbe il principio della devoluzione, anzichè dell'affrancazione, dello allibertamento del fondo; poichè non tutti gli enfiteuti possonsi trovare nella posizione economica di scongiurare la devoluzione, questo avanzo di feudalismo, preferendo di redimerlo.

Vengono violati i principii della legislazione comparata, conciossiachè, mentre le leggi del già Regno delle Due Sicilie prescrivevano per la devoluzione la cessazione per tre anni dell'annuo canone (1), il codice Parmense per tre (2) ed il codice Estense per due (3), il nostro codice, informato a diversi principii economici, prescrive due anni. Se si ammettesse la interpretazione dello estensore del pronunciato della Corte di Catania, ne risulterebbe che l'enfiteuta, decorsi appena i due anni dalla cessazione del pagamento dell'annuo canone, sarebbe obbligato, appena costituito in mora, o di pagare gli arretrati del canone, o pure offrire il prezzo dell'affrancazione, volendo evitare la devoluzione.

Non ci sembra che sia un'interpretazione giuridica. Imperocchè mentre la scuola romana in base alle leggi 105 D. *De solut. et liberat. 23, D. obligat. et act. 32. D. De usuris, 91 § 3, D. De verbor. obligat. e 19 De usuris*, facoltava il magistrato ad accordare un dilazione all'enfiteuta che era caduto in commisso; e la scuola moderna fondandosi sugli articoli 1137, 1502, 1689, 1197 delle ll. cc. del già Regno delle Due Sicilie, accordava pure una dilazione all'enfiteuta, che non aveva per il corso di tre anni pagato il canone; e mentre per l'art. 1624 del già codice Estense, il giudice poteva accordare all'enfiteuta una proroga di mesi tre, se ne faceva domanda entro un mese, decorribile dal giorno del giudizio di caducità, per il nuovo diritto si vuol sostenere, sotto l'influenza di una legge, che proclama l'allibertamento dei fondi, il principio vincolista, cioè che, spirato appena l'ultimo giorno degli anni due, e fatta appena la interpellazione, l'enfiteuta, se non paga, o non offre il capitale, perde la sua proprietà. Crediamo che sia un errore.

(1) Art. 1689.
(2) Art. 421.
(3) Art. 1624

Trasgredisce tal teoria le disposizioni categoriche di legge. Scopo della legge nel prescrivere al direttario l'obbligo della interpellazione è costituire in mora l'enfiteuta, e quindi accordargli un tempo utile per il pagamento degli arretrati. « *Mora* « *si vim verbi quaerimus, nihil significat aliud nisi cessa-* « *tionem in omni re, ac procrastinationem sive dilationem ejus* « *rei, quam primo quoque tempore expedire debeas* », scriveva il Donello (1). Or negandosi la esistenza di un termine tra la interpellazione e la domanda, la interpellazione rimarrebbe oziosa; senza dar tempo all'enfiteuta si passerebbe tantosto alla dimanda giudiziale. Si tradirebbe a dir corto lo scopo della legge, le cui sanzioni, a differenza delle antiche leggi, non hanno altro per obbiettivo che l'interesse dell'enfiteuta.

In ultimo si offendono i diritti dell'enfiteuta. Si conosce che, ad onta della progressiva teoria del romanista Arndts, oppugnata dal Thibaut, Savigny, Büchel, Elvers e Kuntze, per l'antica giurisprudenza il diritto dell'enfiteuta non era che un diritto reale costituito sopra la cosa altrui.

Oggi però nell'enfiteusi non si ravvisano che due diritti, che possono dirsi di proprietà: due dominii, che si svolgono paralleli ed indipendenti l'uno dall'altro. L'enfiteuta può disporre del dominio utile con atto tra vivi o di ultima volontà senza esser più legato dal dovere d'interpellare il direttario ed attendere l'esperimento del diritto di prelazione. Le trasmissioni si compiono, e si succedono senza dovere di laudemio. L'enfiteuta, quando vuole, può redimere il fondo.

Or se son vere queste idee, poichè risultano dalle categoriche sanzioni della legge, si attenta al diritto di proprietà dell'enfiteuta, quando si opina che, appena fatta la interpellazione, alla dimani, e forse anche nel giorno stesso si mette in movimento, da parte del direttario, la feudale dimanda di caducità per il mancato biennale pagamento del canone.

Crediamo quindi aver brevemente dimostrato che contro la nostra teoria non resistono nè lo spirito della legge, nè i principii della legislazione comparata.

XII.

Gli altri argomenti, messi avanti dall'estensore della decisione che noi oppugniamo, cioè che l'articolo interpretato secondo noi sarebbe inopportuno, senza scopo, e dannoso, sono, come ben opina il dotto prof. Fulci, degli argomenti indiretti, e non tanto efficaci da non farci imporre dal significato letterale di una precisa disposizione di legge (2).

---

(1) Donello, Vol. VII, p. 20.

(2) Prof. Fulci, *Interpretazione dell'art. 1565 N. 1 del Codice Civile Italiano. La Temi Zanclea,* Anno VI, N. 18, p 137.

E di vero, ponendo mente, che l'art. 1565 ha fatto eccezione all'art. 1165, accordando all'enfiteuta il beneficio di purgar la mora, che per le leggi del codice del già Regno delle Due Sicilie il direttario poteva dimandare la devoluzione del fondo dopo aver l'enfiteuta cessato per tre anni il pagamento del canone, e per la nuova legge il termine verrebbe prolungato per un altro anno, cioè da tre a quattro, che l'enfiteuta non verrebbe a soffrire, che in un attimo l'enfiteuta, volendo, potrebbe ben devastare il fondo enfiteutico nel corso del giudizio ed anche prima, sebbene non vi sarebbe il proprio tornaconto, avendo diritto al pagamento delle migliorie, ci sembra che le osservazioni dell'estensore del pronunciato della Corte di Catania non calzino bene.

In quanto all'assunto che, la nostra teoria recherebbe del danno all'enfiteuta, poichè l'obbligherebbe a pagare quattro annualità, anzichè due, è da osservarsi che il direttario non può opporsi durante i due anni decorrenti dal giorno della giudiziale interpellazione, a riceversi il pagamento parziale degli arretrati: durante questi ultimi due anni non può dirsi avere acquisito diritto alcuno alla devoluzione: vi sarebbe anzi del tornaconto dell'enfiteuta, come bene osserva il prof. Fulci; poichè il prolungamento del termine importa il rinvenimento dei mezzi per pagare le annualità arretrate, e la conservazione quindi della proprietà del fondo.

A dirla franca noi crediamo che la espressione sfuggita a quell'egregio magistrato, cioè che: *l'articolo sarebbe inopportuno, senza scopo e dannoso* non solamente comprende degli argomenti indiretti e non efficaci ad imporci; ma pure per nulla giuridici: son degli argomenti che fin dal principio di questo nostro breve lavoro credemmo essere piuttosto attinti alla fonte del sentimentalismo giuridico.

XIII.

Non dividiamo neppure le osservazioni del prof. Fulci. Egli scrive così:

« Se ho voluto permettermi di fare qualche osservazione sulla *ratio decidendi*, divido non pertanto la opinione della Corte di appello di Catania. Io credo non sembri strana la mia idea, che la opinione contraria trovi contrasto nella stessa lettera dell'articolo, il quale usando il verbo passato, dicendo: Se dopo una legittima interpellazione *non ha pagato;* e non *se dopo una legittima interpellazione non paga*, ha dato a divedere che non intende parlare delle annualità, che si maturano dopo la interpellazione, ma di quelle maturate prima della interpellazione medesima ». Nel numero 2.° del medesimo articolo si usa invece il verbo presente: « Se l'enfiteuta deteriora il fondo, e « non adempie l'obbligazione di migliorarlo ». Perchè anche

qui non si è usato il verbo passato e non si è detto invece: *Se l'enfiteuta ha deteriorato il fondo, o non ha adempiuto l'obbligazione di migliorarlo?* (1).

Noi non dividiamo la opinione dell'egregio professore.

Innanzi tutto osserviamo che il nostro codice, come quasi tutti i codici, non si raccomanda molto in fatto di lingua, ad onta che alla redazione presero parte non solo eminenti giureconsulti, ma pure scrittori egregi. Un esempio si ha in quanti varii sensi sono adoperati i vocaboli *possesso*, *erede*, negli articoli 685, 905, 925, 960, 1463, 1582, 934, 937, 940, 951, 1029; ed i vocaboli *condizione* e *patto* quasi sempre confusi. È un appunto grave che si fa al nostro codice, avvegnachè, come bene scrive l'esimio professore Carrara, la vita di ogni scienza sta nella esattezza del linguaggio. Una idea torta si rettifica facilmente, una idea incompleta si rotonda, una idea equivoca si chiarisce, ma dove manca l'aiuto di una esatta tecnologia è impossibile intendersi: vale quanto costruire una fabbrica senza cemento (2).

Ma volendo anche seguire il prof. Fulci nel suo sistema di interpretazione dell'art. 1565 numero 1 noi crediamo che lo avere il legislatore usato il verbo passato-prossimo *ha pagato* invece del presente *paga* non importa che ha inteso alludere alle annualità già maturate prima della interpellazione, poichè, fatta anche astrazione che l'avverbio di tempo *dopo* usato nel numero 1.° dell'art. 1565 suppone un fatto consumato (3), la lettera della legge respinge tal modo d'interpretazione. E quando nelle parole non havvi ambiguità o incertezza, è necessario stare alle sue disposizioni: *quem in verbis nulla ambiguitas est, non est admittenda voluntatis quaestio* (4). Si deve applicare alle leggi ciò che si è detto delle obbligazioni: che in *stipulationibus verba ex quibus obligatio oritur, inspicienda sunt. Quamvis sit manifestissimum,* dicevano i Romani, *Edictum Praetoris attamen non est negligenda interpretatio* (5); ma insegnavano pure che *in re dubia, melius est verbis Edicti servire* (6).

Son questi i criterii della interpretazione grammaticale.

Il Laurent, uno dei più distinti scrittori sul codice civile francese, scrive: la massima che quando una legge è chiara non se ne deve eludere la lettera sotto pretesto di ricercarne lo spirito; bisogna essere iscritta in tutte le cattedre da cui s'insegna giurisprudenza (7).

---

(1) Prof. Fulci, Monografia cit.

(2) Prof. Carrara, Pensieri sul Progetto di Codice Penale italiano del 1874. Cap. IX, pag. 152.

(3) V. Dino Compagni, *Cronaca Fiorentina*, p. 66.

(4) L. 25, 1, D. *De Leg.* — L. 137 § 2 D. *De Verb. oblig.* — 1, 32 § 2 D. *De aur. argent.* — L. 80, § 2. *De cont. empt.*

(5) L. 1, § 11 *De inspic. ventre.*

(6) L. 1, § 20. D. *De exercit. act.*

(7) Laurent, *Principes de droit civil,* § 273.

La lettera della legge nel caso in esame è netta; il negarlo ci sembra il voler surrogare la propria opinione alla chiara parola del legislatore. Sarebbe il caso di ricordare al nostro amico estensore del pronunciato della Corte di Catania quanto diceva Giustiniano: *meminisse debet iudex ne aliter judicet, quam legibus proditum est* (1). *Se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato*, ecc.

La interpellazione suppone arretri di canone, poichè interpellazione senza debito, è un assurdo giuridico, e se per intentare la domanda di devoluzione debbono, dopo la interpellazione, decorrere anni due, ci sembra inappuntabile la conseguenza che per aver luogo il giudizio di devoluzione devono, dopo la interpellazione, scadere anni due. Il legislatore ha stabilito un termine primordiale di due anni per aver luogo la interpellazione, ed un altro termine finale di altri due anni per la domanda di devoluzione, onde non rendere illusoria, inutile, e diremmo quasi ridicola la interpellazione. É il caso di ricordare ai sostenitori della teoria contraria il detto di Ulpiano: *hoc per quam durum est: sed ita lex scripta est.*

Noi però sosteniamo che non solo il nostro principio è appoggiato alla interpretazione grammaticale dell'art. 1565 numero 1.°; ma che è pure sorretto dalla interpretazione logica, storica e sistematica.

XIV.

Se la teoria da noi propugnata non ci fa travedere, sembra che, sebbene gli scrittori l'abbiano svolta laconicamente, pure dividono i nostri concetti.

« Il concedente può chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico, qualora l'enfiteuta non preferisca di redimerlo a norma della regola or ora esposta in questi due casi, cioè: a) *se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi.....* scrive il Pacifici-Mazzoni (2).

XV.

Noi, come economisti, non dividiamo, in quanto all'enfiteusi, la opinione del Mancini, Scialoja, Sclopis, Panattoni, Crispi, cioè esser necessario per gl'interessi dell'agricoltura tale istituto, dal quale, come ben scrive il Bertolini (3), se non emanò

---

(1) Pr. Inst. *de off. judic.*

(2) P. Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Vol. V, § 284, num. 3. — Calcaterra, *Generi e sviluppo del Codice Civile*, V. III, § 102. — Corte di Messina, 13 luglio 1876, *Temi Zanclea*. — Anno VI, N. 11.

(3) Prof. Bertolini, op. cit. lib. I, p. 7.

il sistema feudale, ne tolse certamente il concetto; ma insistiamo, una volta lasciato tale istituto, di considerarlo almeno, come venne dal legislatore ritenuto: che non si facciano dei conati per risospingerlo ai tempi che furono, falsando lo spirito della legge, violando i principii della legislazione comparata, trasgredendo le categoriche sanzioni legislative, offendendo i diritti dell'enfiteuta ed attentando al sacro principio dell'umano incivilimento, il progresso.

FILIPPO MANDUCA

ALLEGATO (1).

CORTE DI APPELLO DI MESSINA

(Udienza 9 aprile 1879).

Presidente SELMI. — Estensore FULCI.

Causa CARBONE contro MELITA.

Onde potersi chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico per canone non soluto, è necessario che il canone non sia pagato per un tempo non minore di tre anni, cioè per un anno almeno prima dell'atto d'interpellazione, e per due anni almeno dopo tale atto.

L'articolo 1565 del codice civile dispone che, *il concedente può chiedere la devoluzione, se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone* per due anni *consecutivi.*

La disposizione della legge è precisa e nitida. Come non può esser posta in miglior luce, così non può essere ottenebrata da interpretazioni, che per la sua stessa chiarezza mal consente. Senza interpellazione non si può chiedere devoluzione. Dunque è evidente che onde asseguirsi giudiziariamente la devoluzione, deve procedersi, non ad un solo atto, ma a due atti distinti: all'atto d'*interpellazione* ed all'atto di *citazione*. Non può certamente asserirsi che questi due atti dovessero o potessero farsi nello stesso giorno, nello stesso momento, e molto meno che la citazione precedesse all'interpellazione. È intuitivo invece che la interpellazione deve precedere alla citazione, altrimenti

(1) Riportiamo questa magistrale sentenza della Corte d'appello di Messina, nella quale la materia è svolta con tanta ampiezza e dottrina, da meritare piuttosto il nome di un trattato completo.

la interpellazione sarebbe, più che inutile, assurda. Or quanto tempo, e con quale modalità questo tempo deve intercedere dal dì della interpellazione al dì della citazione? Due anni, risponde la legge, e senza essersi pagato il canone in questi due anni: ecco adunque il tempo costituente l'intervallo fra i due estremi della antecedente interpellazione e della seguente citazione, non che l'avvenimento negativo del non pagamento lungo tal tempo che lo qualifica. *Il concedente può chiedere la devoluzione*, dice la legge, *se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi.* Dunque è perspicuo che dopo la interpellazione, non prima, se per due anni cursuri dopo, cioè dal dì della interpellazione, l'enfiteuta non paga il canone, se non lo paga vuol dire nei due anni posteriori alla interpellazione, si può chiedere contro lui la devoluzione, cioè può notificarsi la citazione a lui con la quale si domanda giudiziariamente la devoluzione.

Però è apparsa una dottrina strana ed eccessiva in favore dell'utilista. Si è detto: il domino utile non può essere interpellato a pagare il canone se non dopo *due scadenze* avvenute in *due anni:* non si può chiedere la devoluzione se non dopo altri due anni di non pagamento di canone posteriori alla interpellazione; dunque il diritto della devoluzione suppone necessariamente il non pagamento per quattro anni almeno, non senza la condizione dell'atto d'interpellanza nel mezzo di tal tempo.

La risposta sarebbe stata, senza esagerazione, facile e pronta, in quanto che, se la interpellazione suppone la scadenza, basta per potersi fare che sia scaduto il pagamento di un'annata di canone, non ce ne ha d'uopo di due, nè la legge ne pretende due. Talchè il diritto a devolvere è subordinato alla condizione della mancanza di pagamento di canone, non per quattro, nè per due anni, ma per tre: uno per dar luogo alla interpellanza, e due successivi per dar luogo alla domanda di devoluzione, cioè, uniformemente a tutte le legislazioni antiche e moderne, ci vuole il non pagamento del canone almeno per tre anni consecutivi.

Nè si dica che ciò sia contro legge, quasi per l'articolo 1565 la devoluzione dipendesse dal non pagamento del canone per due, non per tre anni. Perchè l'invocato articolo permette la devoluzione non per due annate non solute, ma invece per due annate non solute successive all'interpellanza; e poichè è inconcepibile la interpellazione senza almeno una precedente scadenza, così l'articolo stesso presuppone l'annata scaduta, e quindi subordina la devoluzione a tre, non a due annate non soddisfatte. D'altronde il nuovo codice, invece di liberare i possessori dal vincolo enfiteutico, come da un forte partito si pretendeva, nel mantenere la enfiteusi la organizzò in modo da favorire per quanto più potè la situazione dell'utilista; e quindi nemmeno sarebbe presumibile che il triennio di non pa-

gamento inducente, secondo le precedenti legislazioni, la devoluzione, si fosse ridotto ad un solo biennio. La nuova legge non mutò il tempo, ma vi introdusse in pro dell'utilista la previa necessità della interpellazione per parte del dominio diretto, introdusse cioè quest'atto di mora qual correttivo delle due correnti opposte ideologiche non solo, sì pure pratiche, che tenevano il campo. In fatti, tanto per le enfiteusi consentite prima dei moderni codici, quando cioè imperava il diritto romano contemperato alle indulgenze indotte dal diritto canonico, quanto per quelle consentite anco di recente nelle provincie romane, nelle quali i principii del diritto ecclesiastico non perdettero fino a ieri la loro prevalenza sul puro rigorismo del diritto civile, il non pagamento del canone per tre anni, se da un lato accendeva il diritto alla devoluzione, comunque esercitato pure tal diritto con la citazione e la contestazione della lite, si era largamente generosi a concedere all'enfiteuta tempo, e non breve, onde purgarne la mora, non ostante che la induzione della mora fosse stata anco rinunziata espressamente in forza di speciale patto adietto nel contratto primordiale di concessione enfiteutica, e ripetuta ognora nei successivi atti di ricognizione. Il che era in lotta permanente coi principii dei moderni codici intorno alle enfiteusi stipulate sotto l'impero dei medesimi, e per le quali non si concedeva punto il beneficio a purgare la mora. Il perchè, ad ovviare questo antagonismo di principii, e queste contraddizioni pratiche ed assidue per fatti ognora rinascenti e dominati da contratti a perpetuità secondo il loro opposto originario carattere, e a stabilire una posizione giuridica eguale per tutti i domini utili e previamente certa e precisa, si volle l'atto d'interpellazione, si volle questa costituzione in mora speciale, positiva; e contro la successiva persistenza a non pagare per due anni, tolta ogni speranza di ulteriori arbitrii e larghezze pel magistero giudiziario a purgare la mora, si sanzionò la devoluzione; nè a cansarla altro soccorso fu concesso se non quello solo della risoluzione del contratto mediante affrancamento.

Ma a quella estrema dottrina in pro dell'utilista pretendente i quattro anni di non pagamento per la devoluzione non si è risposto così. Si è presa, come si direbbe, la palla al balzo in favore del domino diretto. Si è stati solleciti a ghermire il concetto di non potersi fare la interpellazione se non dopo due scadenze, pel miglior agio così di gridare allo sconcio, se pur tuttavia si dovessero ancora aspettare altri interi due anni onde chiedere la devoluzione; quindi si è conchiuso, con reazione del pari eccessiva, che le annate di non pagamento onde è condizionata la devoluzione non sieno quattro, nè più tre, ma soltanto due, e che queste due annate possan precedere, non debban seguire l'atto d'interpellazione, comunque la legge apertamente imponesse che il decorrimento dei due anni sia posteriore non anteriore all'interpellazione. Eppure, oltracciò la

nuova teorica è travagliata da non esile vuoto. In vero, è pur forza, secondo tale teorica, farsi sempre due atti dopo la chiusura del termine corso senza pagamento e perciò inducente il diritto alla devoluzione: uno, la domanda giudiziaria di devoluzione, cioè la citazione, e l'altro, la costituzione in mora come condizione di tale domanda, cioè la interpellazione. Ma con quale intervallo? Ecco il vuoto. Termine legale, secondo tale dottrina, fra l'uno e l'altro atto non ce n'è; crearsi arbitrariamente mal si può. E se la citazione potrà intimarsi tosto seguìta la interpellanza, nello stesso giorno, contemporaneamente, a qual pro questa interpellanza? A qual pro, e come, e con che senso o logica, se pur così non sarebbe nemmeno vietato interpellare e citare con unico e medesimo atto?

A questi dubbii si è creduto rispondere, che ove il domino diretto non concede un termine con l'atto di interpellazione, vi supplirà il giudice ai sensi del secondo capoverso dell'articolo 1165 del codice civile, in virtù del quale *la risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, e può essere concessa al convenuto una dilazione.* Però questo articolo parla della condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali, pei casi in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione. Ed è troppo elementare in diritto come sia per la sola condizione risolutiva sottintesa che debbasi domandare giudiziariamente la risoluzione del contratto perchè la non è efficace *ope legis*, e come sia soltanto per essa che in conseguenza può concedersi dal giudice la dilazione. Non così là dove si tratti di condizione risolutiva espressa. Questa risolve il contratto *ipso jure:* al suo manifestarsi si acquista immediatamente il diritto alla risoluzione, e non può dal magistero giudiziario confessarsi, nè essere in qualunque modo pregiudicato con dilazioni. Intanto, astrazione fatta che la devoluzione del fondo non sia veramente identica alla risoluzione del contratto, certo è che se pure il fosse, il canone *non soluto intra certum tempus* sarebbe condizione risolutiva non mai virtuale, ma sempre espressa, in quanto che ove pure non fosse espressamente consentita fra le parti, sarebbe un patto ognora espresso nella enfiteusi, mentre l'articolo 1557 del codice civile dice che in mancanza di convenzioni speciali si osservano le regole ivi segnate, nelle quali ci ha la devoluzione pel fatto del non pagamento del canone nel termine. E tutto ciò a parte che nella specie fra Melita e Carbone la devoluzione fu pattuita espressamente pel caso di non pagamento di canone per due anni. Dunque nè il domino diretto con l'interpellazione accorderà per fermo termine a pagare, nè il giudice potrà concedere dilazione; dunque la interpellazione, che pure è precetto di legge, e certamente non senza importanza pratica, tornerebbe del tutto inutile nel sistema contrario; e in conseguenza questa inutilità palesa essa sola la evidenza della inesattezza di tale sistema.

Attesochè esso non pertanto si è fondato sugli argomenti che seguono:

1. Non è giusto, si è asserito, che il domino diretto, dopo di avere aspettato due anni per mettere in mora, aspetti altri due anni per esercitare i suoi diritti di proprietà.

Questo argomento sarebbe disputabile se si trattasse di diritto filosofico, ma non conchiude contro il diritto positivo. D'altronde, non per quattro, ma per soli tre anni è forza al concedente che aspetti, tanto per costituire in mora, quanto poi per esercitare il diritto quesito alla devoluzione ed altrettanto tempo aspettar dovea per le leggi romane e per gli altri moderni codici. La condizione della costituzione in mora, come sopra si è detto, non è del tutto, nè per ogni contratto una novità; fu sistemata e per tutti i contratti, antichi, recenti, futuri, con un fine preordinato ed armonico; e così fu tolta anche per le antiche enfiteusi all'arbitrio ora troppo severo ed ora troppo indulgente dei giudici, e vietata la sua efficacia posteriore al triennio ed alla lite.

2. Il decorrimento dei due anni dopo la interpellanza, si è detto, sarebbe senza scopo, perchè bisognerebbe sì lungo tempo allo enfiteuta onde trovar modo di adempiere le sue obbligazioni.

È osservabile però che la interpellazione è un diffidamento a pagare ben vero, ma sotto minaccia di devoluzione: non ha quindi scopo finale di costringere l'enfiteuta ad eseguire il contratto, e molto meno di ridestare soltanto l'attività di lui onde adempirne gl'impegni, ma invece toglie se non esclusivo, certamente anco ultimo e contrario scopo a devolvere il fondo; è imposto dalla legge non tanto in soccorso della permanenza del contratto, quanto per rovesciarlo e per estinguere i perpetui rapporti obbligatorii che ne derivano; e alla interpellanza come previa ed esteriore condizione di essenza della devoluzione, dovea annettersi un tempo non breve di colpevole pervicacia per parte dell'utilista a non pagare; un tempo non breve, perchè assai grave la conseguenza, quella cioè appunto della devoluzione.

3. Si è affermato che il corso di due anni dalla interpellazione sarebbe dannoso, tanto contro l'enfiteuta, perchè gli tornerà più difficile pagare il canone per quattro, anzichè per due anni; quanto contro il domino diretto, perchè l'utilista interpellato, se di mala fede, ricaverà in due anni tutto il possibile dal fondo, non senza distruggere le migliorie.

Ma pel domino utile, come per chiunque, è più comodo certamente non pagare per quattro anni, anzichè per due: godrà meglio di maggior somma in maggior tempo, che di minor somma in minor tempo, potendola ben destinare anche a facile e pronta collocazione fruttifera. Per altro, se non per quattro, ma se per tre anni non pagava prima e così incorreva in devoluzione, con lo stesso risultato sarà colpito se non pagherà

per gli stessi tre anni dal nuovo codice. Se poi egli in fatti non paga, e sia di mala fede, non ostante la minaccia della devoluzione, può produrre nei due anni dalla interpellazione gli stessi danni che può anco produrre prima, e che potea produrre medesimamente in tre anni sotto l'impero dei cessati codici.

4. Si è soggiunto che mal si saprebbe comprendere come nel sistema del codice che guarda con disfavore il vincolo enfiteutico, mentre per le altre legislazioni bastavano tre anni a devolvere, oggi se ne pretenderebbero quattro.

È il solito errore dei quattro anni che soccorre l'opposto errore dei due anni prima dell'interpellazione, però il nuovo codice, si è ripetuto, non ne fissò quattro, ma soli tre sul modello appunto delle altre legislazioni. Ad ogni modo, il nuovo codice veramente nel suo sistema favorisce lo scioglimento, non la conservazione della enfiteusi; però con lo scopo di vantaggiare, non di danneggiare l'utilista; quindi nessuna meraviglia se a proteggere l'utilista avesse stabilito quattro, non più tre anni di non pagamento per la devoluzione; sorprendente invece è la dottrina contraria con la quale la situazione dell'utilista sarebbe peggiorata col maggior rigore dei due in confronto dei tre anni senza più speranza di beneficio a purgare la mora e senza interpellazione preventiva al decorrimento dei due anni, o meglio senza interpellazione di sorta, mentre l'intima a pagare senza tempo a pagare, è intima meno intima.

5. Si è preteso finalmente sostenere che l'articolo 1565 sia stato nella forma mal costruito per distrazione e che bisogna ricostruirlo nel seguente modo: *il concedente può chiedere la devoluzione, dopo una legittima interpellazione, se l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi.* Non vi ha dubbio; spostandosi così la particella condizionale, il senso dell'articolo risulterebbe opposto a quello che è: ma ciò non puossi fare per la semplice ragione che non può giudicarsi la legge, ma devesi giudicare secondo legge. Con la cennata ricostruzione non si applicherebbe nè s'interpreterebbe la legge, ma verrebbe censurata con arbitrio sconfinato. Oltracciò, se non è così facilmente a supporre distrazione nella elaborazione formale di un testo di legge, molto meno ciò è tollerabile quando vi sono due testi simili, in luoghi differenti, alla distanza di 220 articoli, e per materie distinte e diverse: in questo caso, anzichè accusarsi il legislatore di distrazione, bisognerà conchiudere che ci ha invece insistenza in un sistema prestabilito, e che a fugare ogni dubbio sulla uniformità, non si temette la noia di ripetere lo stesso concetto con la medesima frase. Ora questo accade appunto con gli articoli 1565 e 1785 del codice civile, col primo dei quali si disse: *il concedente può chiedere la devoluzione, se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi;*

e col secondo si ripetè: *il debitore di un'annua rendita può essere costretto al riscatto della medesima, se dopo una legittima interpellazione non ha pagato la rendita pel corso di due anni consecutivi.*

Il motivo della ricostruzione dell'articolo 1565 si è desunto dal *tempo passato* col quale in detto articolo si usa il *verbo:* l'articolo dice — *non ha pagato* — non dice — *non paga;* — dunque si è conchiuso che avesse inteso parlare del tempo precedente alla interpellanza, e non del seguente; tanto ciò vero, si è soggiunto, in quanto che lo stesso articolo nel secondo numero, dove non ci è la necessità della interpellazione, usa il verbo in tempo presente, non in tempo passato, dicendo: *se l'enfiteuta deteriora il fondo;* non già *se l'enfiteuta ha deteriorato il fondo.*

Ma non perchè il testo nel secondo numero si è servito del verbo in tempo presente, si è autorizzati a correggere la costruzione del primo numero dove s'usa in tempo passato, mentre la forma del verbo nello stesso primo numero sta bene qual'è. In vero, i tempi nei quali si svolgono queste condizioni e questi diritti sono i seguenti: un tempo dal dì della scadenza della prima annata al giorno della interpellazione; un altro tempo dal dì della interpellazione al giorno della citazione per devoluzione. Ora l'articolo parla del momento in cui può farsi la citazione per devoluzione, e pone la ipotesi appunto in questo momento; dice infatti: *il concedente può chiedere,* cioè può notificare la citazione, e qui ed in questo momento è che subordina l'esercizio di questa facoltà ad un fatto, ad un fatto naturalmente precesso, dunque ad un fatto passato, non presente: quindi non dice male quando dice: *il concedente può chiedere la devoluzione del fondo enfiteutico, se dopo una legittima interpellazione l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi.*

Nel progetto del nuovo codice civile si era eliminato il contratto d'enfiteusi. Ma la Commissione legislativa determinò di conservarlo, e fu deputata una Sotto-Commissione a formularne il progetto. La Sotto-Commissione fornì il suo lavoro e lo presentò alla Commissione nella seduta del 24 maggio 1865. Con l'art. 13 di tale progetto si stabiliva la devoluzione pei due soli casi nei quali l'enfiteuta abusasse del fondo deteriorandolo o non adempisse all'obbligo di migliorarlo. Però nel verbale della seguente seduta della Commissione legislativa 26 stesso mese ed anno si leggono le seguenti parole:

« Dopo una lunga discussione, pur riconoscendosi giusto di
« accordare una maggior cautela al direttario pel pagamento
« dei canoni, si delibera di accordare il diritto di devoluzione,
« di cui all'art. 13, anche pel caso in cui dopo una legittima
« interpellazione l'enfiteuta non avrà pagato il canone per due
« anni consecutivi ».

Non è certamente ammessibile dubbio di sorta sul significato

di queste parole in quanto che risulta perspicuo come la Commissione legislativa pretendesse che i due anni di non pagamento per dar luogo alla devoluzione dovessero seguire, non precedere l'atto d'interpellazione; nè per fermo la tessitura del periodo, nè il tempo del verbo consentono migliore costruzione. Or bene, la Commissione delegò il segretario per la redazione del testo; e fu in coerenza redatto l'articolo 13 del progetto che è l'articolo 1565 del codice, e per fermo, secondo il senso sopra manifestato dalla stessa Commissione. In vista di tanta certezza storica della vera mente della legge, la questione non doveva apparire: apparsa non può risolversi se non nel senso che i due anni di non pagamento per la devoluzione debbano essere, non anteriori, ma posteriori all'atto d'interpellazione.

APPENDICE XXI.

Devoluzione del fondo enfiteutico — Ritorno in piena proprietà del fondo enfiteutico nel patrimonio del concedente, stante la risoluzione dell'enfiteusi.

La devoluzione avviene in primo luogo per patto, e ciò se la enfiteusi fu consentita a tempo; può inoltre aver luogo per colpa dell'enfiteuta e ciò nei seguenti casi: 1.° Se dopo una legittima interpellazione, l'enfiteuta non ha pagato il canone per due anni consecutivi; 2.° Se l'enfiteuta deteriora il fondo o non adempie l'obbligazione di migliorarlo.

Un primo dubbio: l'art. 1165 del cod. civ., secondo il quale nei contratti bilaterali è sempre sottintesa la clausola risolutiva, è pure applicabile al contratto d'enfiteusi? In virtù dell'articolo 1565 il concedente non può, prima della seconda scadenza, domandare la risoluzione dell'enfiteusi mentre per l'articolo 1165 ne avrebbe la facoltà anche se l'enfiteuta fosse in mora alla scadenza di una sola annualità. Io propendo per la inapplicabilità dell'art. 1165. Tratterebbesi di due leggi, l'una generale che risguarda qualsiasi contratto bilaterale, speciale l'altra, che è relativa al solo contratto di enfiteusi, ed essendo le due leggi incompatibili, può trovare applicazione la sola disposizione contenuta nell' articolo 1565 che devesi ritenere come una eccezione alla regola generale contenuta nell'articolo 1165.

Ma se non basta la volontà presunta perchè il concedente si abbia il diritto di domandare alla prima scadenza la risoluzione dell'enfiteusi e quindi la devoluzione del fondo enfiteutico, però non è vietato alle parti di farne esplicito patto. Non si tratta di disposizione che abbia per iscopo l'interesse sociale, e per l'articolo 1557 l'enfiteusi è regolata dalle convenzioni delle parti in quanto non siano contrarie alle disposizioni degli articoli 1562, 1563, 1564.

L'oscura redazione del numero 1 dell'articolo 1565 ha torturato la mente degli interpreti ed ha reso scissa e fluttuante la giurisprudenza. Si domanda: la scadenza delle due annualità dee precedere ovvero seguire la interpellazione? La Corte di appello di Messina ha ritenuto costantemente che la interpellazione deve precedere la scadenza (1). Nel medesimo tempo in senso opposto pronunciavasi la Corte d'appello di Catania (2) e la Corte di cassazione di Palermo (3). È stata questa l'opinione da noi adottata (4) ed è questa pure l'opinione seguita dal Pacifici-Mazzoni.

Lo scopo della interpellazione è quello di prevenire una sorpresa in danno del concessionario. Senza la formola in parola il concessionario, dopo la citazione, non avrebbe altro scampo che quello di redimere, e, non avendone i mezzi, di perdere il fondo. La interpellazione è un favore che il codice italiano ha inteso accordare all'enfiteuta in sostituzione del beneficio della purgazione della mora (5).

L'interpellazione può farsi con l'atto che contiene il precetto come con un atto stragiudiziale qualunque. Però sarebbe tradito lo scopo della legge se si potessero cumulare nel medesimo atto interpellazione e domanda di distribuzione (6).

La legge che richiede la formalità della interpellazione non è legge d'ordine pubblico. Per lo che sarebbe valido il patto se

---

(1) 31 luglio 1876; 10 settembre 1878; 9 aprile 1869 (*Temi Zanclea*, anno VI, n. 6, 11, 22).

(2) 4 marzo 1876 (*Annali* a. 1876, § 3, p. 443).

(3) 7 aprile 1877 (*Foro It.* 2, 995).

(4) *Della enfiteusi*, p. 56 (n. 29).

(5) Trattandosi di enfiteusi consentite sotto l'impero delle leggi che ammettevano l'enfiteusi alla purgazione della mora non si richiede la formalità della interpellazione. Corte d'appello di Palermo, 31 gennaio 1881 (*Circolo giuridico*, luglio 1881). In senso contrario aveva deciso la Corte d'appello di Napoli 10 marzo 1888 (*Gazzetta del Proc.* anno XIII, n. 29). Al responso della Corte di Napoli resiste l'art. 29 della legge transitoria (*Leggi i miei studii sulla enfiteusi*, pag. 58).

È pure d'avvertirsi che trattandosi di antiche enfiteusi l'enfiteuta, quantunque la mora sia avvenuta sotto l'impero del vigente codice, gode sempre del beneficio di purgare la mora. Egli in virtù del contratto ne aveva acquistato il diritto, ed un diritto quesito non vuol essere colpito dalla nuova legge, Corte di appello di Palermo 6 settembre 1876 (*Cir. Giur*, 5, p. 169).

(6) Corte d'appello di Catania, 7 marzo 1876.

si renunciasse dall'enfiteuta al beneficio in parola. Ed infatti questo patto non è compreso fra quelle convenzioni che sono dichiarate nulle dall'art. 1557.

È tradito lo scopo dell'enfiteusi, se l'enfiteuta deteriora il fondo o non adempie l'obbligazione di migliorarlo. Sì nell'uno che nell'altro caso il concedente ha il diritto di domandare la risoluzione dell'enfiteusi e quindi la devoluzione del fondo. Se la natura delle migliorie è determinata dalle parti, l'enfiteuta non può arbitrarsi di migliorarlo in modo diverso, ed incorrerebbe pure nella caducità. Così per esempio se si concedono delle terre per farsi un vigneto, ed invece l'enfiteuta ne fa un oliveto. Se la natura delle migliorie non è convenuta, l'enfiteuta ne ha la scolta, purchè si uniformi agli usi ed a quanto l'arte prescrive. La deteriorazione del fondo per colpa dell'enfiteuta sarà causa di devoluzione, sia che colpisca le migliorie esistenti al tempo della concessione, sia che colpisca quelle fatte dall'enfiteuta medesimo.

Intentata l' azione di devoluzione, sia pel non pagamento del canone per due anni consecutivi, sia per non essersi adempito l'obbligo di migliorare il fondo, sia per essersi deteriorato il fondo medesimo per colpa dell'enfiteuta, costui altro scampo non ha che quello di redimerlo. I creditori ipotecarii o chirografarii, avendo interesse che non venga diminuita la loro garanzia, ponno intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni valendosi anche all'uopo del diritto di affrancazione spettante all'enfiteuta, offrire il risarcimento dei danni, e dare cauzione per l'avvenire. Però fuori i casi di dolo e di collusione non ponno opporsi di terzo alle sentenze che si sieno pronunciate contro il loro debitore. Il creditore non può dirsi terzo riguardo al suo debitore che legalmente lo rappresenta in tutti gli atti giuridici. Così la Cassazione di Napoli con sentenza del 16 gennaio 1879 (1). Se i creditori hanno il diritto d'impedire la devoluzione mediante l'affrancazione, ed anco offrendo il risarcimento dei danni, ed una cauzione per l'avvenire, non sono però abilitati ad offrire i canoni scaduti. La purgazione della mora non essendo permessa all'enfiteuta non può essere permessa ai creditori di lui. Il capoverso dell'art. 1565 non comprendendo questo caso, ha inteso escluderlo.

Con la devoluzione il concedente riacquista la piena ed esclusiva proprietà del fondo. La risoluzione di qualsiasi contratto, retroagendo, rimette le cose nel primo stato ed è per ciò che il concedente riacquista il fondo non già nello stato in cui si trovava al tempo in cui fu costituita l'enfiteusi, ma nello stato in cui trovasi al tempo della devoluzione. È conseguenza di questo principio che i miglioramenti avvenuti senza l'opera dello

---

(1) *Gazz. del Proc.*, anno XIII, n. 8.

enfiteuta appartengono al concedente, e senza che l'enfiteuta abbia diritto a compenso, come se durante l'enfiteusi si fosse costruita una strada contigua o vicina al fondo enfiteutico, e fosse perciò aumentato il valore del fondo medesimo; così pure se vi fosse stato incremento per *alluvionem*, per *insulam*, per *alveum* o si fosse scoperta qualche miniera. La cosa va diversamente se l'incremento avvenga per opera dell'enfiteuta. E se in questo caso il contendente non ha diritto ai miglioramenti in natura, ha diritto però ad un compenso in danaro. Qual sarà il criterio, per determinarsi il compenso? Qui bisogna distinguere se la devoluzione sia avvenuta per colpa dell'enfiteuta ovvero per la scadenza del termine se si tratti d'enfiteusi temporanea. L'enfiteuta non può essere ugualmente trattato così nel primo, come nel secondo caso. La legge ha stabilito che nel primo caso il compenso è dovuto fino alla concorrenza della minor somma fra le spese ed il miglioramento al tempo del rilascio del fondo. Se si spesero cento e si è fatto un miglioramento di cinquanta, l'enfiteuta ha diritto pure di ripetere cinquanta, se con cinquanta si è fatto un miglioramento di cento. Se però la devoluzione sia avvenuta senza colpa dell'enfiteuta, costui ha diritto di ripetere il valore dei miglioramenti al tempo del rilascio. Se l'enfiteuta spendendo cinquanta migliorò di cento il fondo, egli ha diritto ad un compenso di cento.

Spetta all'enfiteusi il *ius retentionis*? Non parmi dubbia l'affermativa. Se per l'art. 706 compete al possessore di buona fede la ritenzione dei beni per causa di miglioramenti in essi realmente fatti e sussistenti, non saprei comprendere come simile diritto possa negarsi all'efiteuta che ha migliorato il fondo, quando ancora ne aveva la proprietà e lo ha migliorato in adempimento dell'obbligazione assunta. Così la Corte d'appello di Potenza 18 marzo 1870 (*Racc.* XXII, 2, 226).

È valido il patto, se con l'atto costituito dell'enfiteusi ovvero con atto posteriore, l'enfiteuta rinuncia esplicitamente al compenso. Corte d'appello di Lucca 18 maggio 1867 (*Annali* 11, pagina 201).

Pel noto adagio *resoluto iure dantis solvitur ius accipientis*, con la devoluzione, per qualunque causa avvenuta, si risolvono i diritti che l'enfiteuta avesse trasmesso sul fondo enfiteutico. E come si risolvono le vendite, le permute, le donazioni ed ogni altra qualsiasi trasmissione di proprietà, si risolvono eziandio le servitù e le ipoteche. Credo debba dirsi lo stesso del diritto del conduttore. Nè ci si opponga la disposizione dell'art. 493, la quale essendo eccezione alla regola, non può applicarsi oltre i casi in essa contemplati. Se con la devoluzione si estingue l'ipoteca, però il creditore ipotecario conserva sul prezzo dovuto pei miglioramenti quel grado che a lui sarebbe spettato nel caso di espropriazione forzata.

Prof. ANTONIO FULCI.

APPENDICE XXII.

L'enfiteusi nel codice civile italiano

Crediamo necessario, prima d'ogni altro, di determinare i giusti confini di questo lavoro. Non è nostra intenzione di tentare la risoluzione della grave controversia che s'agita fra gli scrittori intorno alla genesi storica del contratto di enfiteusi. È noto che alcuni vollero rimontare all'*ager publicus*, che mette capo alla tripartizione fatta da Romolo del territorio; una parte fu destinata al re ed al culto, la seconda ai cittadini fra i quali fu distribuita per assegnazioni limitate (*agri limitati*), l'ultima venne attribuita allo Stato ed al pascolo, e si disse *ager publicus*. Altri stimarono che l'origine dell'enfiteusi si dovesse trarre dall'*ager vectigalis:* e forse questa opinione, propugnata dal Niebuhr, sembra preferibile, imperciocchè nelle Pandette trovasi un titolo, ch'è il terzo del libro VI, dove l'*ager vectigalis* è ritenuto sinonimo dell'*ager emphyteuticarius.* Infatti Triboniano mette per rubrica del titolo: *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius, petatur.*

Noi non ci fermeremo neanche intorno alla disamina esegetica dei dodici articoli che il legislatore italiano consacrava al governo dell'enfiteusi nel codice civile: ricorderemo soltanto quelle disposizioni culminanti, le quali raccolte insieme dimostrano il sistema adottato nel codice intorno a questo contratto.

Lo scopo a cui è diretto il presente lavoro può esporsi 'n poche parole: il legislatore italiano ha reso impossibile il contratto di enfiteusi, pur riconoscendo col Ministro Guardasigilli, che questo contratto *favoreggia grandemente i progressi dell'industria agricola.*

Percorrendo i lavori preparatori del codice civile si trova che il contratto di enfiteusi ebbe fortissimi oppugnatori. E la lotta si manifestò principalmente nel seno della Commissione speciale, nominata con decreto del 2 aprile 1865, al fine di proporre le modificazioni di coordinamento delle disposizioni del codice.

I giuristi che formavano parte di quella Commissione, a proposito dell'enfiteusi, si divisero in due schiere; l'una raccolse sotto la sua bandiera i giuristi appartenenti al Piemonte, l'altra i giuristi napoletani. A capo della prima erano il Precerutti ed il De Foresta; a capo della seconda il Pisanelli ed il Niutta.

Il contratto di enfiteusi è un rimasuglio del medio evo, disse il Precerutti: suppone sempre una certa signoria da una parte ed una soggezione dall'altra; non è più istituzione dei tempi. — L'enfiteusi ha fatto il suo tempo, soggiunse il De Foresta: essa deve cessare, come sono cessati tutti gli usi del medio evo.

L'enfiteusi non deve cessare, risposero i giuristi napoletani. Il legislatore, disse acconciamente il Pisanelli, non deve spingere il culto dei principii astratti sino a sconoscere ed a troncare le esigenze reali della società. Quando si viene sul terreno della pratica, quando si considerano i vantaggi ed i danni dell'enfiteusi, scorgesi apertamente che questo contratto, per la maggior parte delle provincie d'Italia e specialmente per le provincie meridionali, corrisponde ad un bisogno altamente sentito. La libertà delle convenzioni, soggiunse il Niutta, è un principio sacro ed inconcusso, che la legge deve rispettare sempre che non ne risulti offesa all'ordine pubblico. Nulla di ciò è a temersi dall'enfiteusi. Lungi che essa faccia contrasto all'interesse della pubblica economia, gli economisti reclamarono siffatta istituzione, contemperata colle esigenze del tempo e col progresso della civiltà.

Il risultato della lunga discussione fu questo: nel codice italiano deve concedersi un posto al contratto di enfiteusi, ma spogliato di tutto quanto lo ravvicina al feudalismo ed ai fedecommessi, ed inceppa la trasmissione dei dominii e la sicurezza delle contrattazioni. E si venne a questo risultato *per considerazioni politiche e di conciliazione*, come disse il De Foresta, come se quei dotti giuristi avessero dovuto risolvere un problema di diritto costituzionale.

Chi si ferma a quella discussione ed al voto concorde che la chiudeva, deve dire che il contratto di enfiteusi sostenne una fiera battaglia, ma alla fine riuscì vincitore. E questo concetto sarebbe rifermato dal trovarsi nel codice un titolo speciale per l'enfiteusi, tra quello *Della permuta* e l'altro *Del contratto di locazione*. Il legislatore incomincia dalla definizione del contratto; e poi seguono le regole che lo debbono governare. Queste regole hanno il pregio della massima precisione. Ad esempio, i codici preesistenti non dicevano a carico di chi, del concedente o dell'enfiteuta, dovessero gravare le imposte prediali. Queste materie, ha pensato il nostro legislatore, non sono di quelle che si abbandonano alle fluttuazioni della giureprudenza: sono troppo importanti; e quindi troviamo l'articolo 1558, che chiude l'adito a qualunque controversia.

Mantenendoci fedeli a ciò che sopra abbiamo detto, facciamo notare soltanto le innovazioni culminanti introdotte dal codice italiano circa il contratto di enfiteusi. Queste innovazioni si possono ridurre a tre: 1.° Soppressione dei laudemi; 2.° Restrizione in limiti molto angusti dei casi di devoluzione; 3.° Redimibilità del fondo a libito dell'utilista, anche quando l'enfiteusi sia temporanea.

Questa terza innovazione ci presenta la vera fisonomia del contratto di enfiteusi secondo il codice civile italiano; e noi, per meglio farla notare, dobbiamo rapidamente accennare il carattere dell'enfiteusi nel diritto romano e nei mezzi tempi.

Nel diritto romano, il proprietario, concedendo in enfiteusi il suo fondo, conservava illeso il suo diritto di dominio sul medesimo; il diritto reale sulla cosa altrui, *jus in re aliena constitutum*, era quello dell'enfiteuta. Questo concetto si trae chiarissimo da molteplici costituzioni imperiali, che non crediamo necessario ricordare, perchè è un punto fuori controversia.

Nella giureprudenza intermedia, trattandosi dell'enfiteusi, si volle ammettere un dualismo di dominio: il *dominio diretto*, che fu attribuito al concedente; il *dominio utile*, che venne concesso all'enfiteuta. Ed anche questo è un punto su cui non v'è contestazione fra gli scrittori.

I compilatori del codice italiano posero *ogni studio a svestire il contratto d'enfiteusi d'ogni mistura di elementi feudali:* son parole del Ministro Guardasigilli. Il mezzo per raggiungere questo scopo sarebbe stato molto agevole: ritornare alle tradizioni del diritto romano. Invece, il nostro legislatore, intorno all'enfiteusi, accoglieva un sistema che trovasi perfettamente agli antipodi con quello del diritto romano. Secondo il codice italiano, stipulato appena il contratto di enfiteusi, il concedente non conserva che un semplice diritto reale sul fondo, che oramai appartiene all'enfiteuta. Costui può liberamente disporne sia per atto tra vivi, sia per testamento, senza chiedere nessun permesso al concedente. Questo disgraziato, il quale credeva di aver provveduto al miglioramento del suo fondo col prestare il consenso all'enfiteusi, mostra qualche velleità di veder chiaro nel governo del fondo; se, ad esempio, come dicevano i giureconsulti di Roma, *intempestiva cultura turbatur*. Tale pretesa l'enfiteuta non la può ammettere; e, per liberarsi da ogni molestia, raccoglie il capitale in danaro corrispondente all'annuo canone sulla base dell'interesse legale, lo consegna al concedente e gli dice: ecco tutto quello che vi spetta, tutto ciò che il codice mi obbliga a darvi. D'ora innanzi, se ardite mettere il piede nel *mio* fondo, io non mi contenterò più di ricorrere al codice civile, che pure mi ha fatto tanto bene, io ricorrerò addirittura ad codice penale.

Sotto l'impero del diritto romano, quando taluno dava il suo fondo in enfiteusi, era sicuro di non perdere la proprietà del medesimo. Il canone annuo non rappresentava il corrispettivo del godimento; era invece diretto a riconoscere la proprietà che rimaneva presso il concedente, *in recognitionem dominii.* Affidati da questa sicurezza, i proprietari con grande facilità davano i loro fondi in enfiteusi, come ci è attestato da documenti irrefragabili.

Nei tempi di mezzo l'enfiteusi era frequentissima; e noi dobbiamo

giudicarla contratto eminentemente *civile*. Mediante l'enfiteusi immense estensioni di terreno, aride ed incolte, diventarono campi ubertosi. Le Chiese, contente al pagamento di un tenue canone, davano in enfiteusi la maggior parte delle terre loro lasciate dalla pietà dei fedeli, *pro remedio animae suae*, come si legge in tanti testamenti di quella età. Queste concessioni erano desideratissime. Pietro della Vigna domandava terre in enfiteusi al Capitolo di Capua; e questo, appagando subito il desiderio del consigliere di Federigo, lo ringraziava dell'onore concessogli.

Oggi l'enfiteusi potrebbe rendere i medesimi servigi. Oggi noi troviamo proprietari che posseggono vasti terreni incolti e non hanno, chi la volontà, chi i mezzi, di dissodarli personalmente; troviamo, dall'altra parte, una turba di coltivatori, *sine lare et sine tecto*, che stanchi di una vita che loro non assicura il pane del domani, fuggono in lontane contrade dove trovano o sperano di trovare questa sicurezza. Il contratto di enfiteusi renderebbe all'agricoltura quei terreni che ora sono perduti; darebbe la *certezza del domani* alla classe più meritevole delle considerazioni del legislatore.

Oggi la condizione dell'agricoltore non ha niente di stabile e di sicuro. O mezzadro, o fittuario. Ma la mezzadria e la locazione non lo rendono certo del domani; e che cosa è la vita senza la *certezza del domani?* Con qual diritto pretendete che egli lavori dieci anni per dissodare un terreno, dal quale può essere scacciato nell'undecimo anno dal crudele proprietario? il mezzadro e l'affittuario cercano di trarre il maggior profitto possibile dal fondo, pel tempo della mezzadria o della locazione; molte volte rovinano il fondo per ricavare prodotti superiori alle sue forze. Che importa il *domani* all'agricoltore, se per lui questo *domani* non esiste?

Ma noi non sentiamo la necessità di provare ulteriormente la importanza del contratto di enfiteusi nello stato presente della società. Tale dimostrazione si trova compiuta nei lavori preparatori del codice. Questo contratto, dice il Ministro Guardasigilli, *favoreggia grandemente i progressi dell'industria agricola*. Se il codice Napoleone non ne parla, il silenzio è dovuto ad un *sentimento di ripugnanza a tutto quanto accennasse ad ordini feudali*, sentimento *permaloso*, osserva il ministro.

Ebbene, il nostro legislatore, pur confessando la utilità del contratto di enfiteusi, lo ha reso impossibile. Oggi il proprietario che vuol dare il suo fondo ad enfiteusi, deve rassegnarsi a perdere la proprietà del medesimo. Infatti, stipulato appena il contratto, l'enfiteuta, facendo tesoro della facoltà che gli concede la legge, paga il capitale del canone e redime il fondo da ogni soggezione.

Quale è stata la conseguenza del sistema adottato dal codice? Quella che fu preveduta da uno dei migliori giuristi d'Italia, dal Gabba, nella sua *Teoria della retroattività delle leggi* (III, 140):

« Di fronte al principio dell'affrancabilità estesa a tutte quante le enfiteusi, ci pare una contraddizione l'aspettarsi che nuove enfiteusi verranno in seguito costituite, e il porre de' principii generali intorno a questo contratto; imperocchè essendo lo scopo di chi concede un fondo in enfiteusi quello di procurarsi un'entrata, o perpetua o temporaria, per una serie determinata di anni, tale è appunto uno scopo che ad ogni tratto può venire frustrato dall'altro contraente, mediante l'affrancazione del canone, affrancazione che non può impedire con nessun patto che tenga ».

Questo era l'effetto che, secondo il Gabba, dovea necessariamente derivare dal sistema consacrato nel codice; e l'esperienza di diciotto anni, quanti ne sono scorsi dalla promulgazione del codice, confermava pienamente il vaticinio. Il contratto di enfiteusi trovasi scritto nel codice; ma i cittadini non vi fanno ricorso, neanche in quelle provincie dove maggiormente è reclamato dai bisogni dell'agricoltura.

E qui ci sia permesso di riferire alcune parole di un giureconsulto italiano, recentemente passato di questa vita, e la cui perdita era deplorata non solo dalla sua famiglia, ma da ogni ordine della cittadinanza:

« Si è detto e si è ripetuto dai moderni economisti, che le terre debbono essere affrancate, liberi e non vincolati i capitali; ed io fo plauso a queste teorie, ma quando le terre franche ed i capitali liberi sono in mano di pochi, voi che farete della gran massa del popolo? Voi la ridurrete alle grette proporzioni di semplici operai, che non avranno più affetti nè di lare, nè di tribù. Spiegherò meglio il mio concetto. Il popolo attingeva dal *censo*, e dall'*enfiteusi* che n'era una esplicazione, il titolo del suo possesso nel fondo che bagnava e fecondava dei suoi sudori. I più avveduti proprietari fomentavano l'istinto naturale dei poveri a divenire possessori delle terre; i suddetti proprietari vi trovavano i loro vantaggi per le salde guarentigie, onde si premunivano; i proletari volentieri ricevevano dai ricchi queste terre, benchè a dure condizioni, ed il prestigio di una proprietà comunque smozzicata in essi creava sentimenti nuovi di operosità, di famiglia, di patria; la terra solcata da mani inebriate dalla speranza rispondeva più benignamente ai desideri dei coltivatori. Tolte queste guarentigie dal nuovo codice, niuno più vuol dare le sue terre in enfiteusi; di modo che, tranne qualche censuazione fatta dal governo, può dirsi divenuto questo contratto lettera morta, o meglio colla tecnologia romana *fabula antiqui iuris;* ciò che io prevedeva nelle tornate della Commissione sul nuovo codice civile » (1).

---

(1) V. LOMONACO VINCENZO, *Osservazioni storico-politiche su l'aristocrazia antica e moderna;* Memoria letta nell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli nel 1870; Cap. XXV.

Il legislatore doveva ben prevedere questa conseguenza del suo sistema. Il proprietario il quale concede un fondo in enfiteusi mostra apertamente la sua volontà di conservare il dominio del medesimo. Il fondo a lui presenta una guarentigia molto più sicura del capitale mobiliare. Se egli per avventura non tenesse conto di questa maggiore guarentigia ricorrerebbe al contratto di vendita, non a quello di enfiteusi: quasi sempre il prezzo della vendita è superiore al capitale del canone enfiteutico; non essendo il canone il corrispettivo del godimento succede che quando l'enfiteuta redime il fondo, il proprietario riceve una somma minore di quella che avrebbe ricavata dall'alienazione del suo predio.

Il nostro legislatore si è fatto dominare dal principio economico, che fa d'uopo favoreggiare la *libertà dei fondi.* Ma questo principio è stato ingiustamente applicato, imperciocchè la libertà dei fondi potevasi egualmente conseguire trattando allo stesso modo il concedente e l'enfiteuta. Ora noi troviamo nel codice che la legge è larga di favori verso l'enfiteuta, anche negando i giusti diritti del concedente. Ad esempio, l'art. 1565 favella di due casi di devoluzione a favore del concedente, perchè l'enfiteuta non ha pagato il canone per un certo tempo, ovvero non ha adempiuta l'obbligazione di migliorare il fondo. Allorchè il concedente chiede la devoluzione, si deve affermare ragionevolmente che lo scopo del nostro codice è raggiunto, si ottiene la libertà del fondo. Ebbene, lo stesso art. 1565, prima di enunciare i due casi di devoluzione, dice espressamente: *qualora l'enfieuta non preferisca di redimere il fondo.* Dunque l'enfiteuta ha sempre la preferenza sul concedente, anche quando ha infranto i patti liberamente convenuti.

Di qui si trae che, quando si vuole assorgere al sistema del nostro codice circa il contratto di enfiteusi, non basta dire semplicemente: il novello codice ha stabilito il principio della libertà dei fondi. Bisogna soggiungere immediatamente: *a favore dell'enfiteuta*, anche quando il fondo, secondo tutti i principii di giustizia, dovrebbe ritornare libero nelle mani del concedente.

A taluni è sembrato poter giustificare queste larghezze verso l'enfiteuta, colla considerazione che il legislatore italiano, nel concorso del capitale e del lavoro, ha stimato opportuno di dare la preferenza al secondo. Questa giustificazione a noi non pare che si possa accogliere. In primo luogo la stessa proprietà del fondo è conseguenza del lavoro: non avrà lavorato personalmente il concedente, avranno lavorato i suoi autori, coloro che gli hanno trasmesso il dominio del predio. Quindi il legislatore non ha la scelta tra il capitale ed il lavoro; egli è largo di favori al lavoro presente, non si cura del lavoro passato. E questo discernimento della legge è ingiusto.

In secondo luogo, posta da banda questa osservazione intorno alla genesi della proprietà, che pure è fatta da solenni

pubblicisti, e ricordiamo in particolare Adolfo Thiers, ognuno può accorgersi che non è savio, ma leggiero consiglio consacrare nel codice quel principio, che costituisce la base fondamentale di quei sistemi che ai giorni nostri minacciano di sconvolgere tutta quanta l'Europa civile. Quando voi, legislatori, mettete di fronte il capitalista e l'operaio, il proprietario e l'enfiteuta, e stabilite che quegli che ha lavorato la terra anche per un giorno solo merita maggior considerazione di colui che l'ha ricevuta dai suoi maggiori; quando voi, legislatori, stabilite questo principio, non vi accorgete che la date vinta a tutti coloro che portano scritta sulla loro bandiera appunto questa parola: *lavoro?* Ben è vero che voi vi contentate di una ristretta applicazione del principio; ed essi ne vogliono, ne pretendono, ne impongono, sì, ne impongono cogli incendi, colle mine, colle uccisioni, l'applicazione completa, assoluta. Ma il principio è lo stesso. Allorchè fu enunciato dai Proudhon, dai Marx, dai Lassalle, tutti si commossero. Tutti esclamarono con Cicerone: « Quam autem habet aequitatem, ut agrum multis annis aut etiam saeculis ante possessum, qui nullum habuit, habeat; qui autem habuit, amittat? » (*De off.*, II, 22). Questo principio ora assorge alla dignità di principio legislativo; sì, riguardo all'enfiteusi, noi troviamo appunto che, secondo il sistema del codice, *agrum, qui nullum habuit, habet; qui autem habuit, amittit.*

E poichè nessun proprietario può fare buon viso a questa teoria, così va spiegata la desuetudine del contratto di enfiteusi a cominciare dal 1866, epoca dell'applicazione del codice novello. Da quell'epoca, ogni anno a termini periodici, i giornali riferiscono due statistiche: quella dei terreni che tuttora sono incolti, l'altra dei cittadini, la maggior parte coltivatori, che abbandonato il suolo dove pure si trovano le reliquie dei loro maggiori e le culle dei loro nati, emigrano in lontanissime regioni. Ogni anno ricompariscono quelle due statistiche, i numeri che compongono la prima restano quasi inalterati, quelli della seconda aumentano a dismisura: aumentano tanto che taluno non ha dubitato di proporre un freno all'emigrazione. Con qual diritto si può impedire l'emigrazione? Scriveva agli albori di questo secolo, una gloria del foro napoletano, Giuseppe Raffaelli: « Quel suolo, egli dicea, dove l'uomo nasce, e dov'egli si annida fino a che in lui la ragione si sviluppi e consolidi, ha tante e tali lusinghiere dolcezze, ha memorie sì care e sì tenere, ed ha forza d'abitudine sì potente, che, quasi calamita, ritiene nel suo perimetro ogni essere umano per non dover dipartirsene... Se rimpetto a nodi così tenaci e così generali, un cittadino si trovi, cui sorga l'idea d'abbandonare la sua patria, di grazia, voi, che volete interdirglielo, voi Governi quanti più siete, diteci se sia tra i possibili che un tal cittadino si trovi bene nel suolo ove nacque? Diteci se verso costui ha la patria adempito il dovere di renderlo felice, siccome egli ne aveva il diritto? » (*Nomotesia penale,* vol. II).

Ogni anno dicevamo, ricompariscono quelle due statistiche; e quasi nessuno s'è rivolta la domanda: qual mezzo vi sarebbe per scemare le cifre dell'una e dell'altra? Si renda possibile l'enfiteusi. L'agricoltore non andrà più lontano dai suoi, quando egli sarà sicuro di poter far godere i suoi figli del frutto dei suoi sudori. E queste fatiche dell'agricoltore, rese men gravi dalla certezza del domani, dall'amore dei figliuoli, dissoderanno gl'incolti terreni; come un tempo dissodarono quelle terre che, abbandonate com'erano prima dai loro proprietari, *Italiam perdidere*, al dire di Plinio.

Ci sia permessa un'ultima osservazione. Quasi tutta l'Europa civile ha mutuata dall'Inghilterra la forma rappresentativa nel governo degli Stati. Ma l'Inghilterra ci presenta ancora un altro principio degno di adozione. Il legislatore non deve sacrificare i bisogni della società ai principii assoluti; allora, la *Repubblica* di Platone dovrebbe dirsi il codice per eccellenza. La *libertà dei dominii:* ecco uno di questi principii assoluti, che il nostro legislatore ha voluto applicare senza nessun riguardo a quelle necessità sociali che non si possono, e non si debbono disconoscere. Bella senza dubbio è la libertà dei dominii; ma sol quando essa non inceppa il progresso dell'industria agricola, quando non fa maledire al coltivatore quella terra che gli diede i natali.

Prof. GIOVANNI LOMONACO.

APPENDICE XXIII.

Del modo di regolare la competenza nelle questioni d'enfiteusi

---

Quando cade controversia sul dominio diretto o sul dominio utile di un fondo, quale è il criterio per istabilire il valore della causa allo scopo di determinare la competenza? L'art. 79 del codice di procedura civile contempla il caso in cui la controversia cada sulla proprietà piena di un immobile, e quello in cui essa cada sulla proprietà nuda, ovvero sull'usufrutto di stabile; e poichè le questioni che sollevansi in fatto d'enfiteusi non sono propriamente nè questioni di piena proprietà, nè di usufrutto, nè di nuda proprietà, quindi non sembra che l'articolo 79 provveda al modo di determinare il valore di siffatte controversie. Il dubbio e l'incertezza aumentano se si ponga l'art. 79 a riscontro dell'art. 663 della procedura civile. In

quest'ultimo, volendo il legislatore stabilire il criterio regolatore dell'offerta da darsi dal creditore che vuol procedere alla subastazione di un immobile, contempla il caso in cui si pongano in vendita beni enfiteutici, dei quali il debitore abbia il dominio diretto. Ora, se quest'articolo, puossi osservare, ha omesso di provvedere al caso in cui coll'esecuzione voglia colpirsi il dominio utile del fondo, l'art. 79 ha omesso di contemplare questo e l'altro caso per gli effetti della competenza, onde è incerta l'intenzione del legislatore in ordine al criterio da adottarsi allo scopo di fissare la competenza in simili controversie. Quale via pertanto dovrà seguirsi?

La suprema Corte di Roma ha esaminato un lato della questione, quello cioè in cui la controversia riguardi il dominio utile del fondo, ed ecco come essa si è in proposito espressa: « Quando è in controversia il dominio di un fondo rappresentato dall'annuo canone e dagli altri diritti accessori domenicali, il valore della causa non può essere determinato colle norme stabilite dall'art. 79 procedura civile relativo alle controversie sulla proprietà di beni immobili che indica come criterio il tributo moltiplicato per cento, giacchè cotesto articolo contempla la proprietà piena e non il solo dominio diretto che è una parte della proprietà, e il cui valore essendo diverso, deve, necessariamente, venir misurato con diversi criterii. Non avendo la legge designato specificamente il modo onde misurare il valore delle cause nelle quali si controverte del solo dominio diretto, e dall'altro canto avendo nell'art. 76 indicato le norme per determinare il valore nelle controversie concernenti le prestazioni di rendita perpetua, temporanea o vitalizia di qualunque denominazione, è chiaro che in questa generale disposizione la legge ha voluto comprendere anche le prestazioni enfiteutiche, le quali sotto la denominazione di canoni o livelli rappresentano il dominio diretto. Rettamente adunque ritenne la sentenza applicabile al caso il suddetto articolo; nè con ciò può dirsi che essa cambiasse la natura e i caratteri del contratto di rendita con quelli dell'enfiteusi; giacchè, riferendosi l'art. 76 alle prestazioni di rendita perpetua o temporanea di qualsiasi denominazione, è d'uopo dire, che per l'effetto della determinazione del valore della causa in ordine alla competenza, è la legge stessa che prescinde dalla natura dei titoli dai quali deriva la rendita, e considera la prestazione di qualunque rendita per sè stessa, senza distinguere la specie di contratto da cui deriva » (Decis. 28 febbraio 1880, *Legge* XX, I, 740).

Se non sia questione di dominio diretto, ma di dominio utile, il valore della causa non può stabilirsi applicando il criterio suggerito in questa decisione, imperocchè il cumulo delle annualità, se può in qualche modo indicare il valore del dominio diretto, in ricognizione del quale si pagano, non può mai darci il valore dell'utile dominio. In qual modo adunque si procederà

per determinare siffatto valore? Seguendo la suprema Corte di Roma ne' suoi ragionamenti, l'art. 79 della procedura non sarebbe applicabile al caso, perchè esso contempla la controversia riguardante la piena proprietà, e quella di che ci occupiamo, non è questione di piena proprietà, ma di utile dominio; non sarebbe neppure applicabile l'art. 76 per le considerazioni sopra svolte, onde non rimarrebbe che a ritenere la questione di valore indeterminabile ed eccedente quindi, a termini dell'art. 84, i limiti della competenza pretoria. Tale è la conseguenza cui ci conducono le considerazioni della suprema Corte di Roma; ma questa conseguenza è essa accettabile?

A noi non sembra. Dato, infatti, che il legislatore abbia indicato il modo per istabilire il valore delle controversie concernenti il dominio diretto degli stabili, sarebbe illogico considerare come aventi un valore indeterminato le controversie relative al dominio utile degli stessi immobili. Suppongasi, infatti, che elevandosi questione sulla piena proprietà di un dato fondo, si abbia, in base al disposto dell'art. 78, a considerare la causa di valore inferiore alle lire mille e cinquecento, e quindi di competenza pretoria; orbene, non è egli illogico e contrario ad ogni principio di ragione che, questionandosi sull'utile dominio del medesimo fondo, quale utile dominio è qualche cosa meno del diritto di piena proprietà, il valore della causa abbia a ritenersi di valore indeterminabile, ed eccedente perciò i limiti della competenza pretoria?

La teoria, adunque, della Cassazione di Roma non apparisce accettabile esaminata nelle sue conseguenze, ma non ci sembra nemmeno accettabile, se la si consideri in sè stessa, raffrontandola col testo della legge. Ed infatti, la Corte sullodata parte dal presupposto, che l'art. 76, il quale contempla le controversie relative a prestazioni di rendita, comprenda nella sua generale disposizione anche le controversie aventi per obbietto il dominio diretto, risolvendosi queste in controversie concernenti pur esse prestazioni di annua rendita; e tale presupposto, a nostro modo di vedere, non è esatto. L'art. 76 è così concepito: « nelle controversie per prestazioni di rendita perpetua, temporanea, o vitalizia, di qualunque denominazione, il valore si desume dalla somma capitale espressa nell'atto di costituzione, se il titolo sia controverso; quando non sia espressa la somma capitale, il valore si determina cumulando, ecc. ». La redazione di questo articolo ravvicinata a quella dell'art. 1778 del codice civile ci dimostra, che il legislatore ha voluto riferirsi, allo scopo di fissare la competenza, alle prestazioni costituenti una vera e propria rendita, non già ad ogni altra prestazione che non rientri nella categoria della rendita perpetua o vitalizia. Dice l'art. 1588 del codice civile: « si può stipulare una rendita, ossia annua prestazione in danaro od in derrate, mediante la cessione di un immobile, od il pagamento di un capitale che il cedente si obbliga a non più ripetere ». Orbene,

se al capitale espresso nell'atto di costituzione deve aversi riguardo per gli effetti della competenza, è chiaro che il legislatore nell'art. 76 del codice di procedura ha riguardo alla stessa rendita che è contemplata e definita dall'art. 1778, non già ad altra prestazione qualsiasi di genere diverso. Non è adunque il caso di ritenere colla suprema Corte di Roma, che basta prescindere dalla natura del titolo da cui deriva la rendita, per comprendere le controversie sul dominio diretto di un fondo tra le controversie relative alla rendita medesima, ma è necessario invece, allo scopo di comprendere le prime questioni nel numero delle seconde, prescinder del tutto dalla natura della rendita, qualificando rendita ciò che non è tale.

Se la via pertanto seguìta dalla Cassazione di Roma non apparisce la buona, per quale altra via c'incammineremo? Ci sembra che la questione possa e debba risolversi applicando il criterio stabilito dall'art. 79 intorno alle controversie sulla proprietà dei beni immobili. Così si legge nel medesimo: il valore della causa si determina moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato; che se la controversia cada sull'usufrutto, o sulla proprietà nuda, il valore si determina moltiplicando il tributo per cinquanta. Parrebbe a primo aspetto che, questionandosi sul dominio diretto, la controversia potrebbe riguardarsi come avente per oggetto la nuda proprietà, e così pure, questionandosi sul dominio utile, la controversia potrebbe ritenersi come controversia di usufrutto, allo scopo di determinare il valore della causa, moltiplicando per cinquanta il tributo imposto sul fondo, obbietto del litigio. Questo modo però di considerare le questioni sul dominio diretto o utile di un fondo non è esatto. Come il dominio diretto non è la stessa cosa che la proprietà nuda di cui parla l'art. 79, così l'utile dominio non può confondersi coll'usufrutto. Il primo capoverso dell'art. 79 contempla il caso in cui il diritto di godimento trovisi separato dal diritto di proprietà, e fissa il criterio per determinare il valore così del diritto di godimento, che del diritto di proprietà, scompagnato però da questo. Ma i rapporti che passano fra il direttario e l'enfiteuta non sono quegli stessi, che passano tra il nudo proprietario e l'usufruttuario, onde il caso dell'enfiteusi non può ritenersi compreso in quello contemplato dal primo capoverso dell'articolo in esame. Nè può dirsi, che per motivi di analogia le disposizioni concernenti l'un caso s'abbiano ad applicare anche all'altro, imperocchè tutte le disposizioni regolatrici della competenza, essendo d'ordine pubblico, non possono essere nè estese nè ristrette oltre le intenzioni del legislatore; onde, posto che manchi il criterio per istabilire la competenza nelle questioni di enfiteusi, non è il caso di appigliarsi ad un altro criterio per ragioni d'analogia, è il caso bensì di considerare, a termini dell'art. 81, come indeterminabile il valore della causa, ed eccedente perciò le lire mille e cinquecento.

Non ci sembra peraltro mancare il criterio regolatore della competenza in siffatte controversie. La prima parte dell'art. 79 prevede il caso in cui la controversia cada sulla proprietà di beni immobili, e fissa il relativo criterio per determinare la competenza. Orbene, riguardi la controversia il dominio diretto, oppure il dominio utile di un fondo, non è essa sempre una questione concernente la proprietà di un immobile? L'utilista non è un usufruttuario, ma *dominus* per esso del fondo enfiteutico, come *dominus* è egualmente il direttario, onde essendo sempre questione di dominio, sia che la controversia riguardi i diritti del concedente, sia che riguardi quelli dell'enfiteuta, oggetto della controversia è sempre la proprietà d'un immobile, onde il valore di essa deve stabilirsi moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato imposto sul fondo enfiteutico. Nè si dica, che l'enfiteusi non costituisce quella piena proprietà alla quale esclusivamente si riferisce l'art. 79, imperocchè quest'articolo non parla di *piena proprietà*, ma di *proprietà*, e se esso ha espressamente dichiarato che l'ipotesi, nella quale il diritto di godimento appartenga a persona diversa dal proprietario, non si comprende in quella relativa alla proprietà, ma costituisce un'ipotesi a sè regolabile con criterio suo proprio, eguale dichiarazione non ha fatto in ordine al caso in cui dominio diretto e dominio utile sono divisi; onde il silenzio del legislatore è valido argomento per ritenere, che quest'ultimo caso è compreso nella disposizione contenuta nella prima parte dell'articolo in esame, e dalla medesima perciò regolato.

Prof. F. Ricci.

ALLEGATO (1).

CORTE DI APPELLO DI VENEZIA

(Udienza del 19 agosto 1879).
Presidente Giani ed Estensore.
Bevilacqua-La Masa (Avv. L. Fabris), Pisani-Zusto (Avv. Nazari)

Per promuovere la vendita giudiziale di un immobile, due sono le pratiche (facoltative sì, ma nell'alternativa sempre necessarie) che il creditore esecutante deve premettere, giusta l'arti-

---

(1) Riportiamo questa sentenza che riguarda l'importante materia dell'offerta di prezzo per gl'immobili esposti a vendita giudiziale, quando trattasi d'immobili enfiteutici. È pregio riferire pure le note con le quali nella *Temi Veneta* l'egregio Direttore di essa, l'avv. Bolaffio, accompagnava la presente sentenza.

colo 663 del codice di procedura civile, e cioè: o fare istanza per la nomina di un perito il quale proceda alla stima dei beni, o fare all'atto della citazione l'offerta di un prezzo in determinate misure.

Il primo di questi precetti è applicabile a tutti i casi immaginabili, e quindi lo si può senz'altro qualificare siccome regola. Il secondo, all'invece, è piuttosto da qualificarsi per eccezione in tanto in quanto appunto non è applicabile che ad alcuni determinati casi, pei quali egualmente resta pur sempre ferma la regola generale, alla quale perciò nel solo dubbio, tornerebbe razionale, equo ed anche giusto il dover ricorrere.

Ora, per quanto si compulsi il suddetto articolo 663 codice procedura civile non è dato di rinvenire che sia da esso contemplato il caso che l'espropriando sia l'enfiteuta invece del direttario. E la ragione di siffatta omissione è per sè ben evidente.

Finchè spetti ad uno la nuda proprietà e ad altri l'usufrutto di un immobile e viceversa, si hanno in ciò due completi concetti giuridici (proprietà ed usufrutto) stanti da sè, ma che la legge, preoccupata dall'idea di rendere più facili e più sollecite

---

« Noi dividiamo l'avviso della Corte in questa questione, sulla cui soluzione sono discordi gli autori. Infatti il Borsari, il Gargiulo ed il Mattei (*Commenti all'art. 663*) vorrebbero che nel caso di espropriazione del dominio utile, il creditore dovesse offrire il sessantuplo del tributo diretto verso lo Stato, detratta la somma corrispondente all'annuo canone capitalizzato alla ragione del cinque per cento. — Ricci (*Commento*, III, p. 170, n. 172) e Cuzzeri (*Commento*, III, p. 64, n. 7) sostengono invece l'opinione della Corte, in vista che la legge non ha disposizione che autorizzi una simile detrazione, e perchè l'enfiteuta, salvo l'obbligo di pagare il canone, può considerarsi come avente la proprietà piena del fondo enfiteutico, giusta il disposto dell'art. 1561 e 1562 cod. civ.

Un solo rilievo ci permettiamo di fare al motivato della Corte. Noi non crediamo che il sistema della perizia sia la *regola*, e l'offerta da parte del creditore sia l'*eccezione*. Se ciò fosse, è chiaro che ogni qualvolta il creditore facesse l'offerta, il debitore sarebbe facoltizzato a provocare la stima. E ciò la dottrina e la giurisprudenza più illuminata non ammettono. Sta invece che il legislatore patrio accoglie con maggior favore l'offerta del creditore, tanto è vero che per l'art. 664 ultimo capoverso facoltizza qualunque creditore iscritto di impedire la nomina del perito, già proposta dall'esecutante, facendo l'offerta. — « L'offerta (dice la relazione ministeriale) risparmia indugi e spese, evita la possibilità di incanti ripetuti, e assicura un prezzo generalmente ragionevole; *così il legislatore ha dovuto mostrare per essa la sua preferenza e lasciarle aperta ampiamente la via.*

E ci preme di ben determinare ciò, perchè, lo ripetiamo, nell'economia del nostro codice crediamo sia assolutamente vietato al debitore di invocare la stima quando il creditore subastante ha preferito di fare l'offerta conforme alla legge. Così, del resto, decise anche altra volta la nostra Corte d'appello con la sentenza 11 giugno 1874, Levi-Cicita contro Favero, est. *Bertoli* (*Raccolta* XXVI, 2, 463). — E di conformità decisero pure: la Corte d'appello di Perugia con l'elaborata sentenza 30 aprile 1868 (*Annali giur. it.* II, 2, pag. 504); la Corte di cassazione di Napoli 28 febbraio 1871 Franza-Forte (*Annali*, V, p 171); Corte di appello di Cagliari (*Raccolta* XIX, 135). — In senso invece contrario decise la Corte d'app. delle Calabrie 12 febbraio 1874, Serra-Belingeri (*Gior. dei Trib.*, III, n. 135).

le forzate espropriazioni, riunisce poi in un solo, per costituirne, per così dire, due metà dell'altro concetto rappresentato dalle parole *piena proprietà*. Ed ecco quindi stabilirsi su queste basi determinate, e dalla legge medesima presunte, che se il debitore espropriando abbia la piena proprietà, l'offerta del prezzo sarà di sessanta volte il tributo diretto verso lo Stato; se all'invece esso debitore non sia che semplice nudo proprietario, od avente soltanto diritto di usufrutto, sì nell'uno che nell'altro caso, l'offerta sarà di sole trenta volte il tributo, vale a dire della metà dell'offerta prescritta nel caso precedente.

Altrettanto, ed anzi più sicuramente si dice nel caso in cui si tratti di enfiteusi e l'espropriando sia il direttario. Qui la legge aveva un dato più ancora certo per poter determinare la misura della offerta. Capitalizzate, essa dice, l'annuo canone colle norme dell'articolo 1564 codice civile, e l'offerta sia di sei decimi nel risultante capitale.

Per lo contrario, nessun dato certo, e nemmeno presumibile od approssimativo, avrebbe avuto il legislatore per determinare una misura qualsiasi dell'offerta, per il caso in cui il debitore espropriando fosse utilista. Tutti sanno per lunga e continua esperienza che nelle enfiteusi il principale carattere che le distingue, è la tenuità della retribuzione, con questo però che da un minimo, talvolta perfino in apparenza inconcludente, si può ascendere per innumerevoli gradi ad un massimo, soltanto che sia questo sempre al disotto e fuor di proporzione coll'annuo ordinario prodotto del fondo. E ciò ritenuto, è per sè ben evidente che, in presenza di quella indeterminabile scala di contribuzioni, veniva appunto a mancare per assoluto qualsiasi punto d'appoggio per stabilire preventivamente (come negli altri casi qui di sopra indicati), in determinata misura, una corrispondenza qualsiasi fra valore reale e valore presunto, a base di offerta nel caso di forzata vendita. Ond'è che la omissione nell'articolo 663 codice di procedura civile già superiormente indicata era una necessità; tale da non potere certamente essere tolta (come pure si vorrebbe dalle nobili appellate) da quanti argomenti di analogia si potesse immaginare.

ALLEGATO (1).

CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

(Udienza 17 maggio 1882).

Presidente Auriti, Estensore Puccioni.

Causa Comune di Pausola contro Blasi, Savini e Mascalchi.

Il diritto di prelazione competente al direttario, giusta la legge pontificia, nel caso di vendita del dominio utile, non può considerarsi come un onere gravante il fondo enfiteutico, costituente perciò un diritto quesito a favore del direttario; ma, se anche lo si volesse considerare così, non sarebbe mai esercibile di fronte all'utilista alienante che intende procedere all'affrancazione dell'enfiteusi (2).

La Corte, ecc. Attesochè la denunziata sentenza ritiene in fatto che la contessa Maria Savini vedova Blasi, possedendo a titolo di enfiteusi derivante da concessione dell'8 luglio 1796 un piccolo appezzamento di terra di dominio diretto del Comune di Pausola, dichiarò per atto d'usciere 10 febbraio 1869, di voler procedere all'affrancazione a forma della legge 24 gennaio 1864;

(1) Abbiamo creduto riportare anche quest'altra dotta sentenza della Suprema Corte di Roma in materia d'affrancazioni e di enfiteusi.

(2) È questa la giurisprudenza prevalente. Vedi infatti in senso conforme. Appello Roma 30 dicembre 1879, Mariani c. Serlupi (*Foro it.* 1880, I, 172) e la nota dell'avv. Bussoloni; e 13 aprile 1881, Orsini c. Collegio Ghislieri (*Temi Romana*, I, 406): Cass. Roma 9 marzo 1882, fra le stessi parti (*id.* II, 526) ed in materia assai analoga, App. Modena 28 giugno 1881, Predini c. Mazzolani (*Foro it.* 1881, I, 994) con nota dell'avv. Ferrucci. Non mancano peraltro contraddittori alla surriferita massima, come il lettore potrà vedere dalle citazioni in nota alle soprariferite sentenze, e fra queste evvi eziando una recentissima sentenza della Corte d'appello di Palermo, del 30 marzo 1882 (*Legge*, 1882, II, 777) che sul punto controverso ragiona nel modo seguente « ivi ».

« Attesochè, per le cose rassegnate, la quistione seria a risolversi era solamente quella della preferenza, perchè enfiteusi antica e regolata tuttora dalle leggi civili nel 1819. Perciò la vince doppiamente su quella di affrancazione, quando questa vorrebbe esercitarsi dal *terzo acquirente,* giacchè il direttario è domino primevo, e perchè anco con la prelazione si perviene a conseguire il progresso economico, cui ebbe mira il codice italiano, in rendendo affrancabile il canone pur di quella enfiteusi; cioè lo svincolo e la libera commerciabilità dei fondi nell'interesse sociale.

« In effetti la vendita-compra fra l'enfiteuta e il terzo ha tutta la sua efficacia fra essi due; ma la è condizionale in rapporto al domino diretto, il quale per l'art. 1693, leggi civili, fatta l'interpellazione, deve fra lo spazio di due mesi dichiarare se voglia prestare il consenso alla vendita, o essere preferito, ed in questo caso, per l'art. 1696, dovrà accettare il prezzo e le condizioni stabilite con quel...

Che sospesa, o abbandonata tale domanda, il di lei figlio ed erede conte Giuseppe Blasi Savini vendè per istrumento 8 gennaio 1877 a Bernardino Mascalchi, insieme a due poderi, detto appezzamento, per il prezzo unico di L. 30 mila, coll'onere nel compratore di pagare al direttario l'annuo canone di lire 53,20;

Che i contraenti si diressero al sindaco per combinare d'accordo l'affrancazione, e tutto faceva sperare un sollecito componimento della pratica, quando il sindaco stesso, autorizzato per urgenza dalla Giunta, con citazione 25 luglio 1877, li chiamava in giudizio per sentir decretare: « Essere avvenuta in favore del municipio la devoluzione, perchè alienato il terreno *irrequisito dominio*, e quindi la sostituzione del municipio medesimo al compratore Mascalchi, tenuto conto del canone »;

Che i convenuti con comparsa 4 gennaio 1878, dopo aver combattuto i pretesi diritti di devoluzione e prelazione, riferendosi alle pratiche in corso per lo esercizio del diritto di affrancazione, conclusero come appresso: « Ed è per questo che dichiarandosi dai convenuti di voler procedere all'affrancazione del canone colle norme dalla legge fissate.... venga respinta la domanda contraria »;

Che il Comune replicò di non aver parlato di devoluzione, ma

---

meno dell'obbligo del canone enfiteutico, perchè questo vincolo resta estinto la mercè della confusione in lui del dominio utile e del diretto ».

Egli è certo che l'argomento della Corte di Palermo è molto serio. Cosa ha voluto ottenere il legislatore con l'affrancazione, senza limiti sfrenatamente accordata all'infiteuta? Ha voluto risolvere una questione economica: e togliere, quasi direi, una specie di manomorta privata, che così potrebbe chiamarsi questa sorte di pastoie che inceppano il libero svolgimento del diritto di proprietà; ha voluto redimere i fondi soggetti da questi antichi legami, e naturalmente, di fronte ad una larga e razionale legislazione basata interamente su questi principii, dovea far prevalere la libertà del fondo qualora fosse venuta in conflitto con un diritto tutto opposto. Fin qui tutti siamo d'accordo.

Ma dove ci dividiamo è sul punto di vedere, se il diritto di prelazione possa farsi efficacemente valere dopo l'attuazione del nuovo codice in confronto dell'enfiteuta o del compratore del fondo che intende esercitare il diritto di affrancazione. Il nostro collaboratore ed esimio maestro, prof. GABBA, ha trattato con alta competenza la questione dal lato giuridico, quindi limitandomi a questa sola, del resto elementarissima, osservazione, dico, che si comprende di leggieri, come l'affrancazione dell'enfiteusi debba prevalere sopra qualunque ostacolo si frapponga a raggiungere la libertà del fondo, ma non si comprende come debba imporsi e preferirsi di fronte ad un altro mezzo col quale si raggiunge il medesimo scopo. La legge vuole l'abolizione della schiavitù che paralizza e rende stazionaria la commercialità della proprietà immobiliare; ma ottenutosi in qualsiasi modo questo intento, che è di ordine pubblico e che prevale perciò sopra qualunque diritto privato, non trovo perchè debbano disconoscersi gli effetti delle private contrattazioni, dando occasione all'enfiteuta a venir meno alla fede data sopra un patto sul quale, per tante svariate ragioni, il domino concedente può aver fatto massimo assegnamento. É l'arbitrio dell'enfiteuta, le sue simpatie personali che si fanno prevalere senza veruna ragione sulla convenzione che è la legge delle parti. Quando il direttario è disposto a pagare il fondo allo stesso prezzo che l'utilista ha rinvenuto da altra persona, ed è stata pattuita la sua prelazione nell'acquisto, o perchè egli dovrà soccombere di fronte ad una irragionevole prepotenza dell'enfiteuta o di qualsiasi altro suo avente causa? (Dal *Foro Ital.*)

di surrogazione nell'acquisto Mascalchi; essere perciò inutile occuparsi della domanda d'affrancazione e delle trattative che si dicevano pendenti;

Che nelle conclusionali il Comune ripetè le istanze dell'atto di citazione, e i convenuti rinnovarono la dichiarazione fatta nella comparsa 4 gennaio 1878, aggiungendo che volevano far propria la domanda di affrancazione del 10 febbraio 1869;

Che, accolte pienamente dal tribunale civile di Macerata le domande del Comune, i convenuti appellarono, insistendo nelle surriferite dichiarazioni, mentre il Comune si limitò a chiedere la conferma dell'appellata sentenza.

Attesochè, interpretando le istanze del Comune, la Corte disse che erano dirette principalmente ad ottenere la devoluzione, e come conseguenza di questa la prelazione, onde la questione si riduceva a determinare se le nuove leggi abolirono, o no, il gius di devoluzione, perchè se lo abolirono, è scomparso anche il gius di prelazione, se lo conservarono, è rimasto fermo anche questo. E procedendo a risolverla, ritenne che, a senso dell'articolo 30 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile, il diritto di affrancazione, legalmente esercitato dai convenuti, sia colle pratiche iniziate col sindaco, sia colle dichiarazioni serie e attendibili emesse in giudizio, vinceva il gius di devoluzione, e perciò anche il diritto di prelazione, dato per ipotesi inammissibile che questo al Comune appartenesse;

Attesochè, non ricorrendo il bisogno di risolvere le questioni proposte col primo e col terzo mezzo di ricorso, perchè la sentenza denunziata ammette in sostanza, come il ricorrente deduce, che il Comune intese di esercitare il gius di prelazione per causa della vendita fatta dall'enfiteuta *irrequisito domino* ed ammette pure in via d'ipotesi che sotto l'impero delle antiche leggi avrebbe potuto esercitarlo utilmente, comunque non stipulato; l'esame della Corte suprema deve limitarsi a vedere se la sentenza abbia violato l'articolo 1565 del codice civile, e gli articoli 29, 30, 31, 32 delle disposizioni transitorie, di che si fa rimprovero coi mezzi secondo, quarto e quinto;

Attesochè è noto che il legislatore italiano s'indusse a conservare l'istituto dell'enfiteusi (la cui abolizione egregi giureconsulti e pubblicisti dicevano reclamata dall'odierna cultura e dai principii di pubblica economia) a condizione che fosse spogliato di tutto quanto lo avvicinava al feudalismo ed ai fidecommessi ed inceppava la trasmessibilità dei beni e la sicurezza delle contrattazioni. A questi concetti fondamentali s'inspirò la compilazione del titolo dell'enfiteusi che fa parte del codice civile. È noto del pari che nella prima redazione era mantenuto l'antico gius di prelazione a favore del direttario e vi si disponeva inoltre che ove l'alienazione avvenisse senza premettere l'interpellazione, di che nella legge 3 Cod. *De iure*

emphyteutico, potesse il direttario far valere il diritto di prelazione contro l'acquirente entro un anno dal giorno in cui ebbe notizia della vendita. Ma tutte queste disposizioni furono soppresse, perchè si considerò che quel diritto, non più conforme al sistema del codice, che non ne parla nè per la vendita, nè per altri contratti, sarebbe stato causa di liti e di molte difficoltà, ed invece di favorire avrebbe impedito il progressivo svincolo dei beni enfiteutici (vedi Verbali della Commissione legislativa del 1865). Ora non v'ha dubbio che le ragioni per cui si abolì il gius di prelazione nelle enfiteusi future, concorrevano egualmente a riguardo delle enfiteusi costituite sotto le leggi anteriori, nè saprebbe escogitarsi il perchè si fosse conservato per queste mentre si aboliva per quelle. Che il gius di prelazione, togliendo al venditore i benefizii della libera concorrenza, leda sostanzialmente il diritto di proprietà che nell'interesse pubblico conviene serbare per quanto è possibile inviolato, fu riconosciuto fino dai tempi degli imperatori che lo abolivano nei casi di vendita di beni comuni e familiari « *Dudum* (così la legge 14 Cod. *De contrah. emp.*) *proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent; sed quia gravis haec videtur iniuria quae inani honestatis colori velatur ut homines de rebus suis aliquid cogantur inviti, superiori lege cassata, unusquisque suo arbitratu quaerere, vel probare possit emptore* ». Furono, è vero, questi diritti ripristinati da Federico, ma figurarono come parte integrante del sistema feudale, sicchè la relativa costituzione si trova nel libro 5, tit. 3, *Feudorum.* Questa essendo l'indole e natura della prelazione, non possiamo supporre che il nostro legislatore volesse lasciarla sussistere per le antiche enfiteusi quando faceva sparire fino le ultime vestigie di istituti incompatibili colla moderna civiltà. Una sola considerazione poteva indurlo, e lo indusse a mantenere temporaneamente in vita quel diritto, e fu il rispetto ai patti stipulati e ai diritti quesiti. Questa e non altra è la portata che può darsi all'articolo 29 delle disposizioni transitorie che vuole le rendite, le prestazioni e tutti gli oneri gravanti beni immobili a titolo di enfiteusi, subenfiteusi, censo, albergamento e simili, costituite sotto le leggi anteriori, sieno regolate dalle leggi medesime. E basta leggere le discussioni, al seguito delle quali fu compilato l'articolo, per andarne convinti (vedi verbali sopra citati). Ma di diritto quesito non è a parlarsi in materia di prelazione legale finchè non è avvenuto il fatto dell'alienazione, da cui dipende il sorgimento di questo diritto; onde l'impossibilità che nasca quando il fatto si compia, come nel caso in esame, sotto l'impero di una legge che non gli attribuisca più gli effetti giuridici, che per sola virtù di legge per lo innanzi ne scaturivano.

Nè vale obiettare che il gius di prelazione, essendo uno degli elementi del dominio diretto, costituisce un onere reale gravante

il fondo enfiteutico, e quindi rientra nella categoria di quelli oneri che per l'articolo 29 restarono regolati dalle antiche leggi. Imperocchè veri elementi del dominio diretto sono soltanto: 1.° il diritto di conseguire certe determinate responsioni fisse, alcune come il canone, e quella che si paga in occasione della ricognizione *in dominum*, altre causali, come il laudemio di passaggio e i quindenni; 2.° il diritto di revocabilità della concessione in certi casi speciali, come l'alienazione *irrequisito domino*, la deteriorazione del fondo, l'inosservanza dei patti, il mancato pagamento del canone; 3.° il diritto di reversione dei miglioramenti fatti sul fondo, qualora non vi osti la legge o la convenzione. La prelazione legale non è un elemento del dominio diretto, non è un onere reale (arg. a leg. 75, Dig. *De contr. emp.*); nemmeno ha carattere di diritto condizionale; è invece una mera speranza, una semplice facoltà, e perciò soggetta ad essere modificata ed anche distrutta dalla legge. E poichè è escluso che l'articolo 29 l'abbia conservata, è forza concludere che rimase colpita dalla disposizione generale dell'articolo 48 così concepito: « Nelle materie che formano soggetto del nuovo codice cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali e speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisce ».

Attesochè, se anche avesse a ritenersi conservato dall'articolo 29 il gius di prelazione, non sarebbe mai utilmente esercibile di fronte all'enfiteuta alienante che vuole esercitare ed esercita la facoltà di redimere il fondo, giusta le norme dell'articolo 1564 del codice civile. Per il combinato disposto di questo articolo, e dell'articolo 30 delle transitorie, l'enfiteuta può sempre, e conseguentemente anco nella pendenza del giudizio di devoluzione, domandare l'affrancazione; e la giurisprudenza ha ammesso che l'istanza può farsi allora anche con semplice comparsa. Sia pure che invece della devoluzione il direttario chieda la prelazione, e che sia tale domanda proponibile, nonostantechè la legge giustinianea in caso di alienazione fatta *irrequisito domino*, commini soltanto la caducità, *iure emphiteutico cadat*; e sebbene il gius di prelazione: *velut exorbitans a iure communi, contrarium liberati commercium et a generalibus recedens iustitiae commutativae praeceptis strictam videatur recipere debere interpretationem* (Voet, *Ad pand.*, 18, 3, 9). Ma nel conflitto tra i due diritti, la prelazione e l'affrancazione, il secondo deve certamente prevalere al primo; perocchè l'articolo 30 non impone alcun limite al suo esercizio e riferendosi all'art. 1564 del codice civile che lo accorda in tutti i casi indistintamente, viene per necessità a comprendervi anche quello in cui dal direttario si pretenda la prelazione; e tanto più se la pretesa sia accampata ad alienazione compiuta, quando cioè i danni possono per l'enfiteuta essere maggiori di quelli derivanti dalla devoluzione;

Attesochè sarebbe luogo a disputare dell'inammissibilità della domanda d'affrancazione nel caso che fosse questa proposta dal solo compratore, potendosi allora sostenere che egli, come estraneo, non è ammesso all'esercizio d'un diritto dato dalla legge esclusivamente a chi riveste la qualità d'enfiteuta. Ma qui l'affrancazione fu richiesta dall'enfiteuta e dal compratore insieme, e come enfiteuta il Blasi-Savini è stato riconosciuto dal Comune anche dopo l'alienazione, tantochè stimò necessario citarlo in giudizio per far valere contro di lui principalmente il preteso gius di prelazione;

Attesochè, finalmente, non è vero che la Corte di merito, negando al Comune la prelazione, dovesse nella parte dispositiva della sua sentenza apporre la condizione che l'enfiteuta affrancasse. Oltrechè sarebbe stata tale condizione contraddittoria al concetto dell'inesistenza assoluta del diritto di prelazione, neppure nel tema ipotetico della prevalenza del gius di affrancazione all'altro di prelazione, aveva obbligo la Corte di emettere pronunzie preordinate a costringere gli appellanti all'affrancazione effettiva, dappoichè non si era in proposito avanzata alcuna istanza formale. D'altronde, accogliendo pienamente l'appello, venne la Corte, per necessario implicito, a dare atto alle parti, nel rispettivo loro interesse, della dichiarazione contenuta nelle conclusioni degli appellanti di voler far propria la domanda di affrancazione del 10 febbraio 1869, e così ad imprimere a questa loro domanda il carattere della irretrattabilità per tutti gli effetti di legge.

Per questi motivi, rigetta, ecc.

APPENDICE XXIV.

Negli atti di ultima volontà la parola FIGLI, non comprende i nascituri non ancora concepiti al giorno della morte del testatore.

Per regola generale tutti sono capaci di ricevere per testamento; l'incapacità forma l'eccezione. E sono incapaci di ricevere per testamento, è detto nell'art. 764, tutti coloro che sono incapaci di succedere per legge.

Giusta l'articolo 704, tra gl'incapaci di succedere per legge vanno annoverati coloro che al tempo dell'apertura della successione non siano ancora concepiti. Dispone invece il capoverso dell'articolo 764: — possono ricevere per testamento i

figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti.

Di tale disposizione così diede ragione il Pisanelli: « È vietata ogni sostituzione fedecommessaria, anche di primo grado. Può avvenire che la persona a cui dovrebbe scadere la successione abbia tenuto una condotta riprovevole verso il testatore, od abbia altrimenti demeritata la sua fiducia, senza alterarne però l'affetto di famiglia. Se quella persona avesse già de'figli, niun dubbio che il testatore eserciterebbe le sue liberalità verso costoro; non avendone, sembra che non si possa impedire al testatore di prevedere il caso della sopravvegnenza di figli, per disporre a loro favore anzichè a favore di estranei. Ma anche nel caso che già esistessero figli della stessa persona, vuolsi permettere al testatore di prevedere la sopravvegnenza di altri, per mantenere fra tutti loro quella uguaglianza di trattamenti che è nella sua intenzione. — Tale facoltà venne già accordata dal codice sardo, nè diede luogo ad inconvenienti. Se ne usò raramente. Ciò avvenne talvolta nelle successioni agli ascendenti, allorchè il figlio di primo grado dissipatore lasciava temere che non solamente non avrebbe provveduto alla educazione della prole, ma che l'avrebbe abbandonata alla miseria o all'incerto sostegno dei parenti » (1).

Basterebbero le parole della Relazione ministeriale per risolvere la questione agitata innanzi alla Corte di appello di Modena. Quando negli atti di ultima volontà si è usata la voce *figli*, comprende questa voce i nascituri non ancora concepiti al giorno della morte del testatore? — Nella relazione è detto che « anche nel caso che già esistessero figli della stessa persona, vuolsi permettere al testatore di prevedere la sopravvegnenza di altri ». Ora è chiaro, che quando il testatore non manifesta la volontà di avvalersi di tale permissione, nella voce *figli*, da lui adoperata, non vanno compresi i nascituri. In altri termini, quando si permetta di contemplare nel supremo elogio, oltre i nati, eziandio i nascituri, implicitamente si viene a dire che, per regola generale, nella voce *figli* van compresi gli esistenti soltanto.

---

(1) Vedi *Relazione ministeriale*. — La Commissione di magistrati ed avvocati napoletani che disaminò il progetto Miglietti, ritenne che la ragion civile e la economica persuadevano ad eliminare questa disposizione che non ebbe accoglienza nè nel codice di Francia, nè nelle Leggi Civili del 1819. Fa d'uopo escludere, disse la Commissione, dalle pagine di progresso disposizioni di regresso, quali sono quelle che ammettono la successibilità de' non concepiti per la sola circostanza di essere figli immediati di una determinata persona vivente. I non concepiti in qualsiasi legislazione razionale son reputati incapaci di una istituzione diretta: appena potettero costituire materia di una *sostituzione officiosa* nel codice francese, riconosciuta anche nel codice Napoletano con la qualifica di *sostituzione di primo grado a favore dei nipoti del donante o testatore*. — Vedi le *Osservazioni della detta Commissione;* Torino, Stamperia reale; Parte II, pag. 6 e 25.

A questa conclusione veniva la Corte di Modena, dopo un dotto ragionamento informato alle più sane dottrine della sapienza romana:

« Nelle disposizioni d'ultima volontà sotto la generica denominazione di figli (vocabolo che, derivato dalla lingua greca, significa l'etimologia *frutto vivente d'amore*), si comprendono tanto gli immediati, quando i mediati, nepoti e pronepoti, che siano nati, e si trovino in vita al tempo della morte del testatore senza nessuna distinzione fra maschi e femmine. « Hominis appellatione tam foeminam quam masculum continere non dubitatur » (Gaio, L. 152, D. *de verb. signif.*). — « Pronunciatio sermonis in sexu masculino, ad utrunque sexum plerunque porrigitur » (Ulpiano, L. 195, ivi). — Ma in mancanza di qualche altra locuzione aggiunta che ne allarghi il significato, non si può assolutamente estenderlo per abuso sino a comprendere i postumi non ancora concepiti *tempore mortis*, i quali, non essendo *in rerum natura*, sono spogli di quello stato reale di generazione e figliazione, alla cui espressione il vocabolo fu con tanta sapienza destinato; e il dire erroneamente coi primi giudici, che secondo il linguaggio della legge negli atti di ultima volontà il vocabolo, *figli*, denota tanto i figli nati, quanto i nascituri non ancora concepiti, suona quanto il dire, *exempli gratia*, che nel lascito di frutti del bestiame sono compresi non solamente i nati e concepiti al tempo della morte del testatore ma eziandio i nascituri non concepiti.

« I giureconsulti romani, la cui squisita proprietà di linguaggio giuridico è piuttosto unica che rara, si guardarono bene dallo scambiar l'ente fisico reale col non ente *cuius nullae sunt qualitates;* essi insegnarono che *filii appellatione omnes liberos intelligimus* (Paolo, L. 84, D. *de verb. signif.*), ma non confusero mai i nati coi nascituri, nella stessa guisa che non si debbono confondere i viventi coi morti; nè sotto la denominazione di *liberi* senza verun altro aggiunto intesero mai i *postumi non ancora concepiti*, e nel titolo secondo, libro XXIX delle Pandette, « *De liberis et posthumis* », tennero ben distinti gli uni dagli altri, e in moltissimi frammenti di detto titolo e di altri parecchi si parla di *primum posthumum*, di *secundum posthumum*, di *posthumum haeredem scribere*, di *posthumum haeredem instituere;* e il titolo XXI, libro VI del codice tratta: *De posthumis haeredibus instituendis*.

« Sebbene *partum nondum editus homo non recte fuisse dicitur* (Pomponio, L. 9, § 1, D. *ad leg. Aquil.*), *non est pupillus, qui in utero est* (Ulpiano, L. 161, D. *de reg. iur.*), in quanto che non ha vita propria distinta, ma organicamente congiunta e immedesimata con quella della madre: « Partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscera » (Ulpiano, L. 1, § 1, D. *de inspic. ventre custodiendoque*), pure per una finzione giuridica molto razionale lo si considerava nel diritto come se fosse venuto alla luce, giusta il principio: « Nasciturus pro jam nato

habetur, quando de ejus commodo agitur »; e secondo il Diritto romano s'immetteva nel possesso dell'eredità o del legato il ventre pregnante con le norme stabilite nel titolo *De ventre in possessionem mittendo,* e la personalità morale giuridica del nascituro aveva base reale, e s'incardinava nel ventre, che *personae vice fungitur*, *personae vicem sustinet.* « Intelligendum est mortis tempore fuisse, qui in utero relictus est » (Terenzio Clemente, L. 153, D. *de verb. signif.*) — « Qui in utero sunt, in toto poene iure civili intelliguntur in rerum natura esse » (Giuliano, L. 28, D. *de statu hominum*). — Ma tutte coteste massime non sono mai state applicate, nè si possono in alcuna guisa applicare a'nascituri non concepiti, che non hanno esistenza fisica nel ventre.

« Per un gius singolare d'eccezione alla regola generale del diritto, per cui vuolsi che l'erede o legatario esista *in rerum natura* al tempo della morte del testatore, onde possa ricevere l'eredità o il legato, accordando un privilegio speciale alla successione testamentaria secondo la massima dell'imperatore Giustiniano: « Frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adiuvantes » (L. 4, C. *de posth. haered. inst.*); si è bensì potuto portare deroga ai rigorosi principii del diritto e dare facoltà al testatore d'istituire eziandio figli immediati nascituri da determinata persona non ancora concepiti al tempo di sua morte (art. 764 capov. e 860 cod. civ. in relazione al 724); ma appunto perchè si tratta d'un ius singolare e d'eccezione ai principii generali del diritto, si richiede inesorabilmente che cotale volontà sia esplicitamente e chiaramente manifestata dal testatore, che dichiari d'istituire il primo figlio nascituro: « *primus posthumus haeredes esto — secundus posthumus haeredes esto* », o con altre equipollenti locuzioni. — In difetto di cotal chiara manifestazione di volontà è pur forza che sottentri l'applicazione della regola generale, per cui vuolsi che gli eventualmente nascituri non si debbano ritenere compresi nella disposizione di ultima volontà » (1).

Abbiamo superiormente riferite le parole della Relazione ministeriale Pisanelli, che dàn ragione della disposizione racchiusa nel capoverso dell'articolo 764 codice civile. — Qui, come notizia storica, ricordiamo, che la legge toscana dei 23 febbraio 1789, dopo avere coll'articolo 1.° « proibito a qualunque persona per l'avvenire di sottoporre per atti tra vivi o di ultima volontà i beni di qualunque sorta ai vincoli conosciuti sotto i nomi di majorati, primògeniture e fidecommessi, ecc. », soggiungeva:

5.° « Standoci a cuore che non resti nè direttamente nè indirettamente defraudata la nostra Sovrana volontà, assoluta-

(1) Sentenza del 27 marzo 1874; Montecuccoli *utrinque*. — Vedi *Annali della Giurisprudenza italiana*, anno 1874, parte II, pag. 253.

mente contraria alle sostituzioni fidecommissarie, dichiariamo che non dovrà in avvenire essere permesso ad alcuno di disporre dei proprii beni nè in tutto nè in parte a favore di persona o persone che non siano già nate o concepite nel tempo della disposizione quanto agl'atti fra i vivi, o nel tempo della morte del disponente, quanto agli atti di ultima volontà.

6.° « E dichiariamo altresì che a nessuno saranno in avvenire permesse quelle disposizioni fra i vivi o di ultima volontà, in forza delle quali si dovesse godere l'usufrutto, l'uso, o l'abitazione sì totale che parziale dell'eredità o di certi beni, ossivvero un'annua o mensuale prestazione o anche l'utile dominio dei beni con titolo lucrativo, cioè senza l'obbligo della equivalente responsione, o da più generazioni, o anche soltanto da più persone che non fossero tutte nate o almeno concepite nei tempi respettivamente stabiliti di sopra, secondo le diversità degli atti tra i vivi o di ultima volontà ».

La legge toscana adunque con una espressa disposizione dichiarava l'assoluta incapacità delle persone future ed incerte a ricevere sia per atti *inter vivos*, sia per atti di ultima volontà. Questa disposizione, attinta dalle pure sorgenti del Diritto romano, e disconosciuta nel Diritto intermedio in omaggio a'principii che fecero introdurre i fedecommessi e le primogeniture, non è stata accolta dal codice italiano (1).

Prof. GIOVANNI LOMONACO.

APPENDICE XXV.

Della capacità giuridica dei nascituri.

Subbietto dei diritti sono le persone. Persona in senso giuridico è ogni individuo che sia o possa essere subbietto dei diritti, di guisa che il riconoscere in alcuni tale qualità costituisce appunto la sua personalità, la sua capacità giuridica, e questa consiste nelle qualità che egli deve possedere all'oggetto di avere o di acquistare dei diritti.

La prima ed essenziale qualità è l'esistenza naturale della persona; ed esiste la persona naturale soltanto allorquando un

(1) Vedi il bel lavoro dell'avv. I. RIGNANO, *Della capacità giuridica dei nascituri*, pubblicato in appendice a questo volume.

essere di natura umana esce dal ventre materno e può vivere di vita propria ed indipendente da quella della madre. Quindi è regola fondamentale in diritto, che le persone non per anco nate non hanno capacità giuridica. « Partus nondum editus, « homo non recte fuisse (*Leg. 9, § 1, D. ad Legem Falcidiam*). « Eum vocat ad hereditatem qui, moriente eo de cujus bonis « quaeritur, in rerum natura fuerit (*Leg. 6. in fin. D. De Suis « et legitimis heredibus*) ».

Nonostante questa regola fondamentale fu accolta ben presto nel Diritto romano una finzione in virtù della quale venne considerato quale persona giuridica anche il feto comunque non ancora uscito dal ventre della madre e comunque mancante del requisito essenziale della personalità, e ciò all'oggetto di assicurargli i diritti e le utilità che gli potessero spettare. « Qui in « utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur « quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii, « antequam nascatur nequaquam prosit (*Leg. 7, D. De Statu « hominum*). Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelli- « guntur in rerum natura esse (*Leg. 26, D. Cod. tit.*). Quod di- « cimus, eum qui nasci speratur, pro superstite esse: tunc ve- « rum est cum de ipsius jure quaeritur; aliis autem non pro- « dest nisi natus est (*Leg. 231, D. De Verb. signif.*) ».

Questa finzione fu introdotta in relazione alle successioni ed agli atti di ultima volontà e le applicazioni che della medesima furono fatte nelle leggi sovracitate ed in altre leggi quali sarebbero la *Leg. 1, D. unde cognati, la leg. 6, princip. D. De in justo, rupto, irrito, ecc., la leg. 6, princip. D. De inoffic. testam.°, le leggi 36, § e 84 D. De adquirenda vel adimenda Heredit.* ed altre ancora, si riferiscono ad atti di cotal genere ed hanno per oggetto la tutela dei diritti successorii dei postumi. E diciamo *postumi* anzichè *nascituri*, perchè nel proprio e vero significato della parola, postumi diconsi coloro che essendo già concepiti *postumi id est qui in utero sunt* si considerano come già nati al momento dell'apertura della successione. Nondimeno una tale finzione dette luogo ad una regola generale per la quale fu ritenuto, doversi i postumi considerare come nati in ogni affare giuridico in cui il loro interesse fosse in giuoco. Ma, come dicevasi, i nascituri dovevano essere già concepiti; nè la finzione di cui è parola, fu mai applicata ai nascituri non concepiti che non hanno nemmeno esistenza fisica nel ventre della madre.

L'assoluta incapacità giuridica di questi ultimi rimase quale principio fondamentale ed indiscutibile nel Diritto romano dei primi tempi, secondo il quale dovendo la testamentifazione passiva concorrere nei due momenti della confezione del testamento e della morte, la persona dell'erede o del legatario bisognava fosse certa ed esistente anche nel primo momento, e si aveva per non scritto tutto ciò che si fosse dato a chi in tal punto non era *in rebus humanis:* e se dal rigore di questo

principio fu deflettuto a riguardo de' postumi prima *suoi* e poi *alieni*, rimase in tutto il suo vigore quanto ai non concepiti. « Senonchè non si può riconoscere, soggiungeremo con le « parole d'un recente e dotto giudicato (1) come il Diritto co- « mune fosse stato poi modificato anche in questa parte dalla « dottrina e dall'uso per il sempre crescente favore e larghezza « verso la volontà dei defunti. Che se nella successione legit- « tima il diritto attribuito dalla legge non potrebbe rimanere « in sospeso e farsi dipendere da futuri eventi, parve contro « le sottili esigenze del diritto più consentaneo alla ragione, « che come già i fedecommessi condizionali (*Leg. 77, § 4, D. « De Legat., Leg. 69, § 3, Cod. eod.*) così le successioni di- « rette date dall'uomo, potessero per la di lui volontà protrarsi « anche a coloro che non nati e non concepiti al momento del « testamento e della sua morte, lo fossero dopo ».

Certo è per altro che la istituzione de' fidecommessi portò di per sè stessa una deroga importantissima al principio della incapacità giuridica de' nascituri non concepiti. I fidecommessi, come ognuno sa, erano disposizioni di ultima volontà colle quali l'erede istituito od il legatario erano gravati dall'onere di conservare e di restituire ad una terza persona l'eredità od il legato in tutto od in parte dopo averne goduto per qualche tempo od anche durante tutta la loro vita: potevano avere per oggetto la surrogazione eziandio di una persona nascitura da quella istituita: potevano essere di più gradi di persone o di più generazioni: potevano istituirsi a vantaggio della famiglia del fondatore, per durare fino a che sopravvenissero membri della famiglia medesima ed allora prendevano il nome di fidecommessi graduali, progressivi di famiglia e perpetui (2). Solamente è stato disputato fra i Giuristi se colla Novella 159, i fidecommessi familiari fossero stati limitati fino al quarto grado (3).

Anche talune leggi pubblicate negli ultimi tempi riconoscevano espressamente il principio della possibile perpetuità dei fidecommessi. Così il § 48 del Regolamento legislativo e giudiziario per lo Stato Pontificio del 10 novembre 1834 disponeva: « Che il progresso e la durata delle sostituzioni fidecommis- « sarie non avrebbe avuto altro limite che quello prescritto dagli « istitutori.

Sotto l'influenza di siffatta istituzione, era naturale che relativamente agli atti di ultima volontà cessasse assolutamente la incapacità a ricevere del nascituro comunque non concepito

(1) Decisione della Corte d'Appello di Bologna del 25 luglio 1876 in causa Abbondanzi e Congregazione di Carità di Faenza riportata negli *Ann. della Giur. Ital.*, vol. 10, p. 2, pag. 474.

(2) Mackeldey, *Manuale del Diritto Romano*, § 748. Precerutti, *Elementi di Diritto Civile Patrio*, vol. 2 § 617. pag. 94. Pacifici-Mazzoni, *Comm. al cod. civ. italiano*, Vol. III, *Delle Successioni*, tit. 2, § 189 e segg.

(3) Heimberger, *Diritto Romano*, § 409 e nota D.

al momento della fondazione od a quello della morte del fondatore: bastava comprenderlo fra i successibili in un fedecommesso, perchè la sua testamentifazione passiva fosse assicurata.

La istituzione de' fidecommessi non solo si mantenne in tutto il suo vigore nel medio evo, ma si aggravò col sistema feudale e coll'altra istituzione delle primogeniture e majorascati: sotto l'influenza di tali istituzioni, ripetesi, non poteva più parlarsi della incapacità dei nascituri.

In epoche a noi più vicine, le leggi cominciarono a limitare il numero dei gradi ai quali potevano estendersi i fidecommessi. Così per non parlare che dell'Italia, la legge Toscana 22 giugno 1747 ordinò che i fidecommessi e le primogeniture che fossero in avvenire istituite, non avrebbero potuto estendersi oltre i quattro gradi, dopo i quali doveva cessare ogni vincolo ed i beni passare all'erede legittimo del quarto ed ultimo istituito; e nello stesso senso disposero di poi le Costituzioni pel Ducato di Modena del 25 aprile 1761 tit. 33, articolo 2, le leggi civili per il Regno di Sardegna dal Re Carlo Felice pubblicate nel 16 gennaio 1827, ed il codice civile generale austriaco già vigente nel Lombardo-Veneto articolo 612; ma la limitazione de' gradi non ha importanza nella questione che ci occupa; dentro i gradi permessi dalle leggi, i nascituri, comunque non concepiti, potevano col mezzo de' fidecommessi essere favoriti alla pari de' nati, e la capacità loro a ricevere in virtù di cotali atti di ultima volontà diventò quindi regola generale e costante.

Se non che i fidecommessi in ordine ai principii invàlsi nel medio evo e sanciti anche espressamente dalle leggi, potevano istituirsi non solo in virtù di atti d'ultima volontà, ma potevano altresì fondarsi e promettersi in virtù di atti *inter vivos*, di contratti, e chiamavansi allora fidecommessi contrattuali (1). E per tal modo mercè un tale istituto giuridico, le persone future ed incerte nasciture anche da remote generazioni divennero capaci di conseguire l'emolumento loro assicurato anche mediante atti *inter vivos*.

A misura che i fidecommessi e le primogeniture vennero limitati e soppressi, riprese vigore la regola della incapacità civile de' nascituri non concepiti sia relativamente agli atti di ultima volontà, sia relativamente agli atti *inter vivos*. Alcune fra le prime leggi che mirarono a colpire una siffatta istituzione, che era stata causa di tanti abusi ed era stata così funesta al progresso dell'agricoltura ed alla facilità e libertà delle contrattazioni, dovettero per raggiungere completamente il loro

---

(1) Petra, *De Fidecom.*, Quest. 4. Peregrino, *De Fidecom.*, art. 50. Leggi toscane del 22 giugno 1747. Reg.° Legislativo e Giudiziario per lo Stato romano del 10 novembre 1834, Art. 38. *Ann. della Giurisp. toscana*, anno 1862, p. 2, col. 821.

scopo, investire colle loro disposizioni tutti quanti gli atti che avessero avuto per oggetto di gratificare in qualsiasi modo persone future ed incerte per le quali i beni dovessero essere conservati ed alle quali dovessero essere trasmessi.

La celebre legge toscana del 23 febbraio 1789 dopo avere coll'articolo primo « proibito a qualunque persona per l'avve- « nire di sottoporre per atti tra i vivi o di ultima volontà i « beni di qualunque sorta a' vincoli conosciuti sotto i nomi di « majorati, primogenitura è fidecommessi ed in genere di ordi- « nare qualunque sostituzione fidecommissaria, la quale per « qualche spazio di tempo rendesse inalienabili i beni e inducesse « l'onere di conservarli e di restituirli durante la vita di una « o più persone, o pendente l'adempimento o rispettivamente « lo inadempimento di qualche condizione o precetto, e por- « tasse alla conseguenza che più fossero uno dopo l'altro i « chiamati ed invitati ad una eredità od a certi beni », contemplò e proscrisse con altre espresse disposizioni gli atti di qualunque natura sia fra vivi, sia d'ultima volontà che avessero avuto per oggetto di favorire persone che non fossero già nate o almeno concepite; e tali disposizioni si contengono negli articoli 5 e 6 di detta legge, del seguente tenore:

5.° « Ma all'incontro standoci a cuore che non resti nè di- « rettamente nè indirettamente defraudata la nostra Sovrana « volontà assolutamente contraria alle sostituzioni fidecomis- « sarie, dichiariamo che non dovrà in avvenire essere permesso « ad alcuno di disporre de' propri beni nè in tutto nè in parte « a favore di persona o persone che non siano già nate o con- « cepite nel tempo della disposizione quanto agli atti fra vivi, « o nel tempo della morte del disponente, quando agli atti di « ultima volontà.

6.° « E dichiariamo altresì che a nessuno saranno in avve- « nire permesse quelle disposizioni fra i vivi o d'ultima volontà, « in forza delle quali si dovesse godere l'usufrutto, l'uso o « l'abitazione, sì totale che parziale, della eredità o di certi « beni, ossivvero un'annua o mensuale prestazione, o anche « l'utile dominio dei beni con titolo lucrativo, cioè senza l'ob- « bligo della equivalente responsione o da più generazioni o « anche soltanto da più persone che non fossero tutte nate o « almeno concepite ne' tempi respettivamente stabiliti di sopra, « secondo le diversità degli atti tra i vivi o di ultima vo- « lontà ».

Per tal modo veniva con espressa disposizione legislativa dichiarata l'assoluta incapacità delle persone future ed incerte a ricevere, sia per atti *inter vivos*, sia per atti d'ultima volontà. Soltanto ed in via d'eccezione con posteriore Rescritto sovrano del 7 aprile 1790 veniva dichiarato che qualora ve- « nissero direttamente istituiti per atti d'ultima volontà o gra- « tificati per contratto i figli nati da un certo e determinato « matrimonio già posto in essere al tempo della disposizione,

« l'articolo 5 della legge sui fedecommessi non faceva ostacolo « che potessero egualmente istituirsi coll'atto medesimo i figli « nascituri dallo stesso matrimonio ». Ed una tale limitazione fu confermata quanto agli atti d'ultima volontà colla legge promulgata nel Granducato nel 15 novembre 1814, colla quale, dopo avere stabilita la incapacità di ricevere per testramento o per altro atto d'ultima volontà, relativamente a quelli che non fossero nati od almeno concepiti nel giorno della morte del disponente, si soggiungeva ivi: « Se per altro la disposizione « è fatta a favore di figli nati o concepiti da un matrimonio « certo e determinato, non è proibito di comprendere nella di« sposizione istessa e renderne partecipi degli effetti anche gli « altri figli che potessero nascere in futuro dallo stesso matri« monio ».

Queste disposizioni legislative erano precise e riconoscevano la capacità a succedere del nascituro nel solo caso che fossero istituiti eredi altri figli già nati o concepiti dal medesimo matrimonio; nessuna altra limitazione era consentita alla regola generale della incapacità. Onde la giurisprudenza dei tribunali supremi del Gran Ducato ritenne, che i figli che nascessero da un matrimonio diverso da quello da cui era congiunta la persona contemplata dal disponente, non potessero partecipare del beneficio indotto dal Rescritto del 17 aprile 1790 e quindi mancassero assolutamente della capacità a succedere (1). Per tal modo le leggi toscane si discostavano da quanto era sancito nelle leggi 4 e 5, Dig. *de liberis et posthumis*, secondo le quali la capacità a succedere del nascituro non era accordata soltanto a quelli che potessero nascere da un determinato matrimonio d'una persona contemplata nella disposizione, ma a tutti indistintamente i nascituri da qualsiasi matrimonio della persona medesima. « Nam et cum maritus posthumus heredem « scribit, non utique is solus posthumus scriptus videtur qui « ex ea, quam habet uxorem ei natus est, vel (is) qui tunc « in utero est, verum is quoque qui ex quacunque uxore na« scatur ».

« Ideoque qui posthumum heredem instituit, si post testa« mentum factum mutavit matrimonium, is institutus videtur, « qui ex posteriore matrimonio natus est ».

Nelle altre provincie italiane l'abolizione dei fedecommessi non ebbe luogo in modo assoluto nemmeno colla pubblicazione dei codici dopo la restaurazione del 1814. Le leggi civili per le Due Sicilie del 1819 autorizzavano i maiorascati, ed ammettevano eziandio alcuni fidecommessi fino al primo grado (arti-

---

(1) Decisione della Corte d'appello di Firenze del 19 maggio 1846 e della Corte di cassazione toscana del 16 marzo 1847 in causa Seganti riportata negli *Ann. della Giurisp. Toscana*, V. 8, p. 2, Col. 506; V. 9, p. 1, Col. 204.

colo 942 e seg.; art. 1003 e seg.). Il codice generale austriaco riconosceva le sostituzioni fidecommissarie e concedeva col permesso sovrano la istituzione dei fidecommessi di famiglia, dei maiorascati, ecc. (articoli 608 e 618 e seg.): I codici del Piemonte, di Parma e di Modena autorizzavano parimente i fidecommessi di famiglia ed i maiorascati. Quindi la regola che pure espressamente sancivano tali codici, della incapacità del nascituro a ricevere in virtù d'atti d'ultima volontà, restava in fatto vulnerata in dipendenza di quelle antiquate istituzioni che si vollero a taluni effetti mantenere in vigore.

L'abolizione totale dei fidecommessi ebbe luogo nel regno d'Italia in forza dell'art. 899 del codice civile che vietò « qua« lunque disposizione colla quale l'erede o il legatario sia gra« vato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire « ad una terza persona »; dell'altro art. 902 che all'oggetto di impedire un mezzo facile di eludere un tal divieto ordinò « che « la disposizione colla quale è lasciato l'usufrutto od altra an« nualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto a « favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testa« tore » (1); ed in forza degli articoli 24 e 25 della legge transitoria per l'attuazione dello stesso codice che ordinarono « lo « immediato scioglimento di tutti i fidecommessi, i maggiòraschi « e delle altre sostituzioni fidecommissarie ordinate secondo le « leggi anteriori »; articoli che furono promulgati poi nelle provincie venete e nelle provincie romane (2).

Qual'è ora secondo la legislazione italiana e dopo la completa abolizione di ogni istituzione fidecommissaria la capacità giuridica dei nascituri?

Per risolvere convenientemente siffatta questione, fa d'uopo esaminarla distintamente prima in relazione agli atti di ultima volontà ed agli atti di donazione, poscia in relazione agli atti *inter vivos* a titolo oneroso.

Per l'art. 764 del nostro codice sono incapaci di ricevere per testamento coloro che sono incapaci di ricevere per legge: e fra gl'incapaci a ricevere per legge l'art. 724 mette in primo luogo « coloro che al tempo dell'apertura della successione non « siano ancora concepiti ». Tale incapacità è fondata sulla mancanza assoluta della personalità nei nascituri non peranco concepiti. Manca il principio fondamentale della devoluzione in coloro che sono concepiti dopo l'apertura della successione: fra la persona defunta a cui apparteneva l'eredità ed il concepito

---

(1) Questa disposizione legislativa si applica senza distinzione se le persone chiamate successivamente fossero o no nate nel giorno della morte del testatore. Decisione della Cass. di Napoli del 19 giugno 1874, *Ann. di Giurisp. Ital.* Vol. 8, p. 1, pag. 297.

(2) Quanto alle provincie romane fu provveduto alle disposizioni transitorie in fatto di fidecommessi colle leggi del 26 marzo 1871, n. 130 e del 28 giugno dello stesso anno n. 286.

dopo la sua morte, non è esistita mai nè può sussistere parentela la quale è necessariamente un rapporto fra due persone viventi. « Plane si et conceptus et natus fuerit post mor- « tem avi mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, « suus heres avo non existet; quia nullo jure cognationis pa- « trem sui patris attigit » (*Istitut.*, § 8, l. 3, tit. 3). E colla parentela manca per necessaria conseguenza la presunta volontà del *de cuius.* Di più, il diritto di successione nasce e si devolve nel momento della morte di quello della cui eredità si tratta; ed è inconcepibile che tal diritto possa devolversi al nulla, chè un nulla appunto è il non concepito « *in rerum* « *natura, in rebus humanis non est* » (Legge 6, D., libro 38, tit. 16).

La incapacità del non concepito è assoluta ed irreparabile rispetto alla successione legittima: non vi è modo alcuno per il quale la devoluzione della eredità intestata possa rimanere sospesa in contemplazione di un nascituro che non sia concepito. Questo intento può solo raggiungersi nelle successioni testamentarie per le quali ed in via d'eccezione alla premessa regola generale, l'art. 764 dichiara che « possono ricevere per « testamento i figli immediati di una determinata persona vi- « vente al tempo della morte del testatore, quantunque non « siano ancora concepiti ». Questa disposizione eccezionale copiata dal codice albertino e da altri codici già vigenti in Italia, è stata accolta dal legislatore italiano per le seguenti considerazioni che furono svolte nella relazione presentata dal ministro Pisanelli.

« Questa eccezione, ei disse, fu fatta perchè nel progetto è « vietata ogni istituzione fidecommissaria anche di primo grado. « Può avvenire che la persona a cui dovrebbe scadere la suc- « cessione abbia tenuta una condotta riprovevole verso il te- « statore od abbia altrimenti demeritata la sua fiducia, senza « alterarne però l'affetto di famiglia. Se quella persona avesse « già dei figli, niun dubbio che il testatore eserciterebbe le « sue liberalità verso costoro; non avendone, sembra che non « si possa impedire al testatore di prevedere il caso della so- « pravvenienza di figli per disporre a loro favore anzichè a fa- « vore di estranei. Ma anche nel caso che già esistessero figli « della stessa persona vuolsi permettere al testatore di preve- « dere la sopravvenienza di altri per mantenere fra tutti loro « quella uguaglianza di trattamento che è nella sua intenzione. « Tale facoltà venne già accordata dal codice sardo, nè diede « luogo ad inconvenienti. Se ne usò raramente. Ciò avvenne « talvolta nelle successioni agli ascendenti, allorchè il figlio di « primo grado dissipatore lasciava temere che non solamente « non avrebbe provveduto alla educazione della prole, ma che « l'avrebbe abbandonata alla miseria o all'incerto sostegno dei « parenti ».

Nonostante siffatte ragioni, la disposizione contenuta nel ca-

poverso dell'articolo 724 è stata oggetto di vivaci censure, che possono vedersi svolte nel Pacifici-Mazzoni, *Codice civile commentato*, *Trattato delle successioni testamentarie*, titolo II, capoverso III, sezione I, § 67. Checchè sia del merito della medesima, essa è scritta nel codice e deve avere il suo effetto, tenendola però nei limiti più ristretti, in quanto, come dicevamo, forma eccezione al principio generale, secondo il quale non può devolversi la eredità a favore di chi al tempo della morte del *de cuius* non esiste in natura come uomo nato, nè come speranza d'uomo nelle viscere materne (1).

La persona i cui nascituri vengono contemplati deve essere *determinata e vivente* al momento della morte del testatore, deve cioè pel nome o per altre indicazioni o per i rapporti di parentela essere individualizzata in modo che al tempo dell'apertura della successione sia certa e da potersi da ogni altra distinguere; e deve essere già nata, cioè avere vita propria ed indipendente da quella della madre, per cui non avrebbero capacità a ricevere in forza di un atto di ultima volontà i figli immediati che potessero nascere da un postumo. È indifferente poi che i figli onorati nascano dal matrimonio già contratto dalla persona contemplata al momento della morte del testatore o da altro matrimonio che essa potesse contrarre in seguito; ed in ciò il codice nostro, meno rigoroso della legge toscana del 1789, ritornò al principio del diritto romano sancito nelle surriferite leggi 4 e 5, D. *de liberis et posthumis*.

Nè fu questa la sola eccezione che il nostro codice ha fatta al principio della incapacità del non concepito a ricevere in virtù di atti di ultima volontà. L'articolo 902 dispone « che non « è vietato di stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o « a tempo in soccorso all'indigenza, in premio alla virtù o al « merito od in altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella « disposizione siano chiamate persone di una data qualità o di « determinate famiglie ». E non vi ha dubbio che la perpetuità di un tal lascito presuppone che anche le persone non concepite al tempo dell'apertura della successione ne possano profittare (2).

Le eccezioni sancite dalla legge al principio della incapacità dei non concepiti a ricevere in virtù di atti di ultima volontà sono pertanto di tale importanza che vulnerano essenzialmente il principio medesimo e non lasciano che pochi casi in cui possa

(1) Un esempio dell'applicazione ristretta della disposizione eccezionale di che è parola può riscontrarsi nella Decis. della Corte d'appello di Modena del 27 marzo 1874, inserita negli *Ann. della Giurisp. italiana*, Vol. 8, p. 2, pag. 253, che è stata peraltro censurata dal PACIFICI-MAZZONI, perchè i suoi motivi sono desunti esclusivamente dal Diritto Romano dei primi tempi che non ammetteva la istituzione dei nascituri non concepiti, che è invece ammessa dalla vigente legislazione (op. cit. delle *Success. Testament.* § 68).

(2) PACIFICI-MAZZONI, op. cit. § 65.

trovare applicazione. Per modo che oggi può dirsi che la testamentificazione passiva dei nascituri non concepiti sia la regola, la mancanza della medesima, la eccezione.

Lo stesso è a dirsi relativamente agli atti di donazione.

L'art. 1053 del codice stabilisce « che non possono ricevere « per donazione neppure sotto il nome di interposte persone « gli incapaci di ricevere per testamento nei casi e nei modi « stabiliti nel *capo delle successioni testamentarie* ». I nascituri da una determinata persona vivente al momento della donazione, hanno quindi capacità di ricevere in virtù di tali atti; ed infatti nel successivo art. 1059 si dispone da chi debbano essere accettate tali donazioni a favore di nascituri, cioè dal padre, dalla madre, dall'avo o da qualunque altro degli ascendenti. E quando diciamo atti di donazione, intendiamo comprendere non solo, come dice l'art. 1051, tutte le liberalità fatte per riconoscenza od in considerazione dei meriti del donatario o per ispeciale remunerazione, comunque importino qualche peso al donatario, ma eziandio tutti in generale i contratti a titolo gratuito per i quali uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza correspettivo (art. 1101), sia che abbiano per oggetto la proprietà dei beni, o l'uso, o l'usufrutto dei medesimi od una prestazione. I nascituri da una determinata persona vivente, comunque non concepiti all'epoca del contratto, hanno quindi oggi capacità a ricevere in forza di tali atti, come hanno capacità a ricevere in virtù degli atti di ultima volontà e *nei casi e modi medesimi*.

Scendiamo ora a discorrere della capacità giuridica dei nascituri in relazione agli atti *inter vivos* a titolo correspettivo. Possono i nascituri essere gratificati in virtù di tali atti? Il caso può bene essere escogitato ed un esempio potrebbe offrirne una fattispecie che fu sottoposta all'esame di chi scrive queste linee.

Due fratelli, Tizio e Caio, questionavano sulla validità o meno del testamento paterno col quale Tizio era stato favorito: conclusero e stipularono fra di loro una transazione. Caio che impugnava l'atto di ultima volontà del padre renunziò all'azione di nullità: Tizio in correspettività di tale renunzia e come prezzo della transazione, si obbligava corrispondere a Caio una prestazione vitalizia per tutta la di lui vita e si obbligava altresì di corrisponderla a favore di tutti i figli che avessero potuto nascere da qualunque matrimonio dello stesso Caio loro vita naturale durante, pei quali stipulava il padre. La convenzione poteva spiegare efficacia quanto a questi ultimi?

Per risolvere convenientemente il proposto quesito, fa d'uopo distinguere i nascituri già concepiti, ossiano i postumi, dai nascituri che non lo siano. Quanto ai primi noi pensiamo che sia applicabile la regola generale di diritto della loro capacità giuridica alla pari delle persone già nate. « Nasciturus pro jam

nato habetur quando de ejus commodo agitur ». Questa finzione legale comunque, come già abbiamo avvertito, si trovi più specialmente applicata nel diritto romano relativamente alle successioni ed agli atti di ultima volontà, deve spiegare tutti i suoi effetti anche relativamente agli atti *inter vivos* bilaterali e a titolo correspettivo. La generalità della regola rapporto a tutti indistintamente gli atti e negozi giuridici è anche espressamente sancita dal testo nella citata legge 26, D. *de statu hominum* « qui in utero sunt IN TOTO PENE JURE CIVILI intelliguntur in rerum natura ». Se adunque in un contratto una delle parti in correspettività di qualche cosa o somma conseguita dall'altra, promette e si obbliga di dare o fare qualche cosa a vantaggio di quest'ultima e della prole già concepita che sia per nascere dalla medesima od a vantaggio soltanto della stessa prole, non può dubitarsi che la obbligazione sia valida ed efficace, che debba riconoscersi la capacità giuridica del feto nascituro come se fosse nato. Una tale stipulazione non potrebbe trovare un limite altro che nel vizio fidecommissario da cui per avventura fosse infetta. Supponiamo che il correspettivo che venga promesso da una delle parti consista nel trasferimento di un immobile a favore dell'altra parte in proprietà, colla condizione però di conservarlo onde alla di lei morte faccia passaggio nel figlio nascituro dalla medesima già concepito. Una simile contrattazione sarebbe certamente nulla e priva di effetto per ciò che riguarda la sostituzione del postumo, ed il genitore di lui acquisterebbe la piena e libera proprietà dello stabile fino dal momento del contratto, per disporne quando e come meglio gli piacesse. La nullità delle sostituzioni fidecommissarie anche di primo grado comunque sancita dagli articoli 899 e 900 del codice civile in relazione alle disposizioni di ultima volontà costituisce un principio generale e fondamentale del moderno diritto italiano che nella mancanza di una espressa disposizione legislativa deve applicarsi anche agli atti *inter vivos* come principio che regola casi simili e materie analoghe (art. 3 Disposizioni preliminari al cod. civ.). Tale estensiva interpretazione è tanto più da adottarsi per la perfetta identità di ragione e per escludere una grave lacuna ed inconvenienza che altrimenti si riscontrerebbe nelle disposizioni delle nostre leggi (*Ann. di giur. ital.*, p. 9, p. 2, pag. 126); quale sarebbe quella di avere permessi i vincoli e le sostituzioni fidecommissarie che venissero costituiti in virtù di atti *inter vivos*, mentre li ha così rigorosamente proibiti quando siano ordinati in virtù di atti di ultima volontà.

E perciò che nella nostra giurisprudenza amministrativa è invalsa la massima essere inattendibile ed inefficace la condizione apposta ad una condizione o ad un *contratto* che imponga all'acquirente o ai suoi aventi causa l'obbligo di non mai alienare uno stabile; avendo giustamente ritenuto il Consiglio di Stato, che sebbene veruna disposizione di legge vieti tassati-

vamente nella trasmissione della proprietà fondiaria a titolo oneroso o gratuito la condizione della inalienabilità, deve però considerarsi come contraria ai principii generali del nostro diritto civile e del nostro diritto pubblico, pei quali la proprietà è sciolta da ogni vincolo che ne possa inceppare la libera trasmissione (1). Nello stesso modo e per le stesse ragioni deve applicarsi agli atti *inter vivos* anche la disposizione dell'articolo 901 del codice civile circa gli usufrutti successivi per modo che se il correspettivo in un contratto consistesse nell'usufrutto od altra annualità da godersi da una delle parti e dopo la di lei morte dal figlio nascituro e già concepito al momento della convenzione, la convenzione stessa avrebbe effetto soltanto per la parte contraente come prima chiamata a goderne, ma sarebbe priva di effetto quanto al postumo (2).

Per ciò poi che riguarda i nascituri non per anco concepiti, a noi sembra non possa controvertirsi l'assoluta loro incapacità giuridica a conseguire un emolumento o vantaggio qualsiasi in virtù di atti *inter vivos* bilaterali e a titolo correspettivo. Secondo quanto abbiamo accennato in principio, l'esistenza naturale della persona costituisce la prima ed essenziale qualità della capacità giuridica: la persona naturale esiste soltanto allora quando un essere di natura umana esce dal ventre materno e può vivere vita propria e indipendente da quella della madre. Soltanto i non nati già concepiti possono essere a certi effetti considerati come persona per la benigna finzione introdotta a loro riguardo di cui abbiamo parlato.

La incapacità giuridica dei nascituri non concepiti è un principio generale e fondamentale del diritto e se a questo principio è stata fatta qualche eccezione, come oggi avviene per la nostra legislazione, relativamente agli atti di ultima volontà ed alle donazioni, questa eccezione non può estendersi ai contratti, trovandosi sancito fra le norme fondamentali della stessa nostra legislazione « che le leggi le quali formano eccezione alle re« gole generali o ad altre leggi non si estendono oltre i casi « e tempi in esse espressi » (Art. 4 delle Disposizioni Preliminari al codice civile).

D'altronde fra i requisiti essenziali alla validità dei contratti sono la capacità di contrattare ed il consenso valido dei *contraenti* (Art. 1104 del codice civile): la capacità di contrattare è attribuita a *qualunque persona* che non sia dichiarata incapace dalla legge (art. 1105), permodochè la *personalità* è la condizione naturale e fondamentale della capacità, e personalità

---

(1) Parere del Consiglio di Stato del 24 marzo 1875 adottato dal Ministero, inserito nel Giornale *La Legge*, anno 1875, p. 2, pag. 261.

(2) Il PACIFICI-MAZZONI nel suo *Trattato sullo usufrutto* commentando l'articolo 477 del cod. civile interpreta con più larghezza la disposizione dell'articolo 901 e sostiene che l'usufrutto può essere successivamente lasciato a più ordini di persone e con effetto, quando alla morte del testatore siano tutte nate e concepite.

manca in chi non ha esistenza, *in rerum natura non est:* il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere *fra loro* un vincolo giuridico: esso non ha effetto che fra le parti contraenti, non può pregiudicare nè giovare ai terzi (art. 1098 e 1130); e fra chi esiste e chi non esiste non è possibile di immaginare che possa porsi in essere un vincolo giuridico; infine, se nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorchè per sè medesimo e soltanto per eccezione potrebbe stipulare a vantaggio *di un terzo*, quando ciò formasse condizione di una stipulazione che fa per sè stesso o di una donazione che fa ad altri (art. 1128), molto meno potrebbe stipularsi per una persona che non esiste; ed anche nel caso della eccezione, farà d'uopo sempre che il terzo a vantaggio del quale si stipula, esista realmente e a mente di detto articolo possa dichiarare se voglia profittare o no della stipulazione; dalla quale dichiarazione dipende la facoltà o meno della revoca della stipulazione stessa. Quando adunque in un contratto bilaterale a titolo oneroso, come avviene nella fattispecie che a modo d'esempio abbiamo sopraccennata, vengono contemplati dei nascituri che non siano nemmeno peranco concepiti, comunque in relazione ad una persona determinata e vivente al momento della contrattazione ed all'oggetto di assicurare loro qualche vantaggio od emolumento, il contratto dovrà dirsi per questa parte inattendibile ed improduttivo di qualunque siasi effetto giuridico, per la mancanza di personalità giuridica nei nascituri e per la nullità della stipulazione fatta a loro favore.

Il Pacifici-Mazzoni nel *Trattato dell'usufrutto*, così si esprime riguardo al modo della costituzione di questo diritto personale (§ 315): « Che se poi si trattasse di usufrutto da stabilirsi a « titolo oneroso, conviene che la persona a cui favore si vuole « costituire sia nata o concepita nel momento della conven- « zione, giacchè la capacità di ricevere per qualsiasi titolo è « stabilita dalla legge e non può estendersi da caso a caso. « Dico poi in termini generali, che parmi accettabilissima l'in- « terpretazione che la costituzione di usufrutto fatta per sè e « suoi eredi, si debba intendere limitata a quelli che già sono « nati o concepiti, onde la convenzione ed anche il testamento « sia valido ».

Questo principio enunciato dall'esimio scrittore ci sembra giustissimo e corrisponde pienamente alle idee da noi sopra espresse. Noi lo generalizziamo a qualunque siasi diritto personale o reale che in virtù di un atto a titolo oneroso volesse assicurarsi a favore di una persona che non sia nata e nemmeno concepita al momento della convenzione; ed affermiamo che questa circostanza fa mancare assolutamente la personalità giuridica nella persona contemplata, o più veramente fa mancare la persona e quindi rende improduttiva di effetti la convenzione.

Avv. I. Rignano.

APPENDICE XXVI.

Della capacità giuridica dei nascituri

Il dotto articolo dell'avv. I. Rignano che forma la precedente Appendice tratta l'argomento della capacità dei nascituri distintamente riguardo agli atti di ultima volontà, di liberalità e dei contratti a titolo oneroso. In quanto alle prime due parti, non ho nulla da osservare e divido pienamente l'opinione dell'autore. Riguardo però all'ultima, non sono completamente persuaso della conclusione a cui viene, restringendo la validità dei contratti a profitto dei nascituri, a quelli soltanto concepiti al momento dei medesimi. Tale conclusione mi pare troppo rigorosa e contraria ai principii generali del nostro codice, e specialmente a quelli che governano la materia delle convenzioni, e ciò procurerò, secondo le mie deboli forze, di dimostrare.

Ed anzitutto mi pare un argomento importante, che si oppone già irresistibilmente alla opinione suddetta, quello che desumesi dal capov. dell'art. 764 cod. civ., il quale eccettua dall'incapacità di ricevere per testamento, sancita dal n. 1.° dell'articolo 724, i figli immediati di determinata persona vivente all'epoca dell'apertura della successione, quantunque non ancora concepiti. Sebbene questa disposizione sia stata introdotta per motivi d'utilità, deviando dal rigore dei principii, ciò non ostante dovrà estendersi per ragione d'analogia, non solamente alle donazioni o qualsiasi altro atto di liberalità, ma bensì anche ai contratti veri e propri, perchè, come si è voluto con essa provvedere ai figli di determinata persona, trattandosi di trasmettere loro per testamento, non si sa vedere la ragione per cui vogliasi agli stessi negare quel beneficio nel caso di contratti. Non evvi altra differenza fra le due specie, chè, trattandosi di testamento, per natura delle cose, non è se non il disponente che gratifica egli solo i figli nascituri di determinata persona, mentre nel contratto, dovendo esservi almeno due persone, il padre interviene a stipulare pei figli nati o nascituri, sebbene non per anco concepiti, ed anche se al giorno della stipulazione non fosse neppure ammogliato. Lo stesso dicasi per la madre.

Il caso che propose l'esimio autore del suddetto articolo ammetteva senza difficoltà ed anzi a maggior ragione l'applicazione di questa teoria. Si trattava infatti di un padre che aveva fatto testamento, preferendo uno dei suoi figli. Il figlio proposto intendeva impugnarlo; se non che addivennero ad una transa-

zione, per la quale quello favorito si obbligò a corrispondere all'altro un'annua pensione, e, nascendo a questo figli da futuro matrimonio, far godere a ciascuno di essi altrettante pensioni determinate. Egli, appoggiandosi pure all'autorità del Pacifici-Mazzoni, non riterrebbe valida quella convenzione, perchè i figli non erano neanche concepiti. Io ho detto che la disposizione dell'articolo 764 codice civile dovrebbesi a maggior ragione applicare al caso proposto, e lo dimostrerò in seguito.

Si potrà forse osservare dai sostenitori della contraria tesi, che le disposizioni relative ai testamenti non possono estendersi per analogia ai contratti; ma a ciò si risponde che questa assoluta separazione fra le due specie di atti civili non è sostenibile quando la ragione che informa la disposizione che regge la materia testamentaria o la successoria si riscontra senza dubbio in un caso riguardante pura materia contrattuale, ed è ciò precisamente che verificasi nella specie in esame. Questo canone d'interpretazione legislativa è sancito dal capoverso dell'articolo 3 disposizioni preliminari al codice civile; nè in esso, nè in verun'altra disposizione di legge positiva o principio di diritto, trovasi introdotta distinzione alcuna o limitazione a quella regola: e ciò è troppo ragionevole, imperocchè la distinzione sarebbe arbitraria, anti-giuridica, e non servirebbe perciò che ad incagliare la giustizia e renderla in molti casi impossibile. D'altronde gli stessi avversari non potranno senza flagrante contraddizione opporre quell'obbiezione, perocchè essi stessi hanno applicato quel sistema, dal momento che ammettono la capacità giuridica dei nascituri già concepiti, non solo per le donazioni che ad essi vengono fatte, ma anche per i contratti stipulati in loro favore, e facendo ciò si valgono appunto dell'interpretazione estensiva delle disposizioni relative alla capacità di succedere e nelle eredità testate e legittime, riguardo ai solamente concepiti (articolo 724. n. 1, e articolo 764 codice civile), applicandole anche alla materia delle donazioni e dei contratti.

Ma procediamo oltre. La donazione ha bensì qualche somiglianza cogli atti d'ultima volontà, e può in certi casi considerarsi come un'anticipazione d'eredità, ma se si esamina bene la sua natura, essa è certamente da collocarsi nella categoria dei contratti e così si forma la somma divisione degli atti civili in quelli d'ultima volontà, che hanno effetto alla morte del disponente, ed in quelli tra vivi che hanno esecuzione immediata. Infatti nella donazione concorrono questi due caratteri essenziali al contratto, la irrevocabilità, cioè, ed il consenso delle parti, senza del quale non avvi contratto, e questo consenso è manifestato dal donante colla promessa e dal donatario coll'accettazione.

Se così è, non potrà opporsi alcuna obbiezione a che siano applicate ai contratti le teorie e le disposizioni che riguardano

le donazioni. Con questo metodo si apre la via a risolvere con sicurezza la controversia in esame.

In quanto alla capacità in genere di ricevere per donazione, essa è equiparata in tutto a quella di ricevere per atto d'ultima volontà (art. 1053 cod. civ.). Nella specie di cui trattasi, cioè relativamente alla capacità dei nascituri, non ancora concepiti, abbiamo nel 3.° capoverso dell'articolo 1059 l'identica disposizione del capoverso dell'articolo 764: se non che siccome per la perfezione della donazione e pel trasferimento della proprietà delle cose donate occorre necessariamente l'accettazione della donazione medesima (art. 1056 e 1062 cod. civ.), così nel caso di donazione fatta a nascituri, può venire accettata, giusta il disposto di detto 3.° capoverso, dal padre, dalla madre, dall'avo o da qualunque ascendeete degli stessi nascituri, a cui favore la donazione vien fatta. Tutte queste persone possono indistintamente, e senza osservare alcun ordine fra loro, accettare la donazione fatta a nascituri da persona determinata vivente al tempo della medesima, e senza bisogno dell'autorizzazione del tribunale, prescritta dal 1.° capoverso di detto articolo 1059 per le donazioni fatte ai minori od agli interdetti, accettate dalla madre o dagli ascendenti, sebbene vivente il padre. E non solamente le suddette persone possono accettare la donazione fatta ai nascituri, ma in caso che esse non lo facciano può l'accettazione venire per i medesimi emessa da un curatore speciale, nominato a tal uopo dal tribunale, poichè mi pare che l'inciso con cui si termina il capoverso 2.° del detto articolo 1059 sia generale, e perciò si applichi a qualunque donazione fatta a persone contemplate in questo articolo.

Oltre al ripetuto 3.° capoverso, che permette formalmente di fare donazione ai nascituri di persona vivente all'atto della medesima, quantunque non concepiti, evvi pure la disposizione speciale del capoverso dell'articolo 1062 stesso codice che suppone la validità della donazione in favore di nascituri non concepiti, ed è quella che viene fatta da terzi a favore degli sposi e prole futura da essi. Per simili donazioni, anche se non siano in riguardo di determinato matrimonio, non richiedesi neppure che esista già matrimonio della persona determinata, ai nascituri della quale vengono fatte; ma basta, onde sia certa la persona a cui beneficio la donazione vien fatta, che sia determinata, e vivente quella da cui la prole futura deve nascere. Ed a differenza delle disposizioni testamentarie in cui le persone beneficate devono essere figli immediati di persona determinata, la donazione può venir fatta in genere a nascituri di detta persona, e perciò anche ai suoi discendenti di ulterior grado, poichè la locuzione di *figli immediati,* usata nell'articolo 764, non è stata riprodotta dal capoverso 3.° dell'articolo 1059, ma invece in esso si adoperò la sola parola *nascituri*, la quale, specialmente in contrapposto della prima dizione, ha il signi-

ficato generico di discendenti di qualunque grado, oltre ai figli; e tale osservazione poi acquista maggior valore per la quistione in esame, se pongasi mente alla più chiara espressione del capoverso dell'articolo 1062, precitato, cioè *prole nascitura*, la quale indubbiamente è comprensiva di qualunque discendente di primo od ulteriore grado.

Applicando dunque la suesposta teorica alla contrattazione proposta di sopra e ad ogni altra di simile specie, non sa vedersi perchè non debba essere valida una stipulazione fatta da ascendenti, o qualsiasi altro, tutto al più autorizzato dal tribunale, in favore di nascituri da persona vivente al tempo della stipulazione medesima, anco se quei nascituri non siano neppure concepiti, e la persona da cui devono nascere non sia neanche coniugata.

Nelle donazioni è richiesta l'accettazione, onde si formi il contratto, e il donatario manifesti il suo consenso e quindi acquisti il diritto; ma tale accettazione quando si tratti di incapaci od altre persone ed enti tutelati è circondata dalla legge di certe guarentigie, affinchè il beneficio risultante dalla donazione non abbia a tornare a loro pregiudizio. Questa eventualità non può neppure concepirsi nella specie di contrattazione proposta, imperocchè in essa tutto il vantaggio è del nascituro, in cui favore si fa la stipulazione, e nessun pericolo di danno pende su di esso, al contrario delle vere e proprie donazioni dirette, che possono essere accompagnate da debiti ed oneri palesi od occulti, che le assorbiscano in tutto od in parte sì da renderle assolutamente passive e di grave danno e rovina pel donatario.

Nei testamenti e nelle donazioni, oltre alla ragione principale, per la quale le disposizioni in essi contenute non possono avere effetto che riguardo a persona almeno concepita al tempo della morte del testatore o della donazione rispettivamente, ed è che soltanto la persona vivente può acquistare diritti, vi è pure questa altra ragione importante, e che direi quasi equipara la prima, cioè che l'essenza di quelle disposizioni consiste nel beneficare qualche persona, altrimenti si ridurrebbero ad un mero capriccio del disponente, e non potrebbero permettersi. Laonde è necessario che la persona contemplata sia certa, è tale non può essere che quella vivente, al quale principio naturale fu nel diritto derogato in favore dei nascituri già concepiti, che del resto in qualche modo sono accertati, poichè devono nascere da persona determinata vivente. Quest'ultima ragione non ha luogo nelle contrattazioni, perocchè con esse non si benefica alcuno, ma si rende il corrispettivo di ciò che si riceve. Tizio vende, a cagion d'esempio, un fondo a Sempronio, e stipula che il prezzo sarà pagato invece che a lui, ai nascituri propri o di terza persona. Qui il compratore che si obbliga in tal modo, non fa una donazione ai detti nascituri, non gratifica in veruna maniera nè essi, nè altri, ma soddisfa al debito

suo contratto colla compra, in corrispondenza del quale ricevette altro valore, il fondo. Se può entrare in tale negozio il concetto di donazione, si è solamente nei rapporti fra il venditore e il terzo in cui favore esso stipulò, quando ha intenzione di non ripetere dal terzo medesimo il prezzo stesso, ma donarglielo.

Finora ho trattato la questione, giovandomi delle disposizioni riguardanti la capacità giuridica dei nascituri che riporta il codice nella materia speciale delle successioni testamentarie e delle donazioni. Ora è tempo di trattarla più direttamente mediante i principii particolari ai contratti, non tralasciando però di attingere, ove d'uopo, ai principii consacrati in proposito dalla legge per ciò che spetta ai testamenti e alle donazioni, sviluppati già sopra.

Primieramente è da osservare, che fondamentale regola di diritto è che i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti, e che perciò non giovano nè nuocciono ai terzi che non v'intervennero, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (articolo 1130 cod. civ.). Guardiamo se per avventura il caso proposto sia uno di quelli che la legge eccettua dalla regola sumenzionata.

Pare certo che quel caso possa rientrare sotto il disposto dell'art. 1128 detto codice. Questo infatti esprime un principio generale, al quale fa seguire una eccezione che si fonda pur essa sopra altro principio, che mi sforzerò di sviluppare, per ciò che attiene alla questione in esame, onde giungere alla retta risoluzione della medesima.

Nessuno può stipulare per altri, dice la prima parte del suddetto articolo. Quale è la ragione suprema di ciò? Ogni contratto deve avere per oggetto una cosa materiale, la quale possa valutarsi in denaro, sebbene per riguardo ad uno dei contraenti possa in certi casi costituire un oggetto di mera affezione, e siasi determinato a farne acquisto, mediante il contratto, esclusivamente per questo motivo. L'interesse dunque che induce qualcuno a contrarre deve essere pecuniario, e non può essere che tale. Non può concepirsi obbligazione civile, se a riguardo del creditore non vi concorre simile interesse. Da qui la ragione che fece proclamare e consacrare il principio, che non può stipularsi in nome proprio, che per sè medesimo, oltre all'altra ragione che può dirsi secondaria e che perciò venne sprezzata colla seconda parte del detto articolo 1128, che le convenzioni non hanno effetto che fra le parti contraenti. I terzi che vi furono estranei non possono avere, in forza di esse, acquistato alcun diritto, perocchè le convenzioni medesime sono il risultato della volontà umana, e del simultaneo accordo delle parti, e chi non intervenne al contratto non può avere manifestato alcun consenso. Inoltre nell'ipotesi contemplata dall'articolo medesimo si prevede il caso che alcuno stipuli a suo nome l'obbligazione, e che il promittente la

abbia contratta verso di lui, e non verso il terzo; laonde il solo stipulante potrebbe costringerlo ad adempierla, ed il terzo non avrebbe perciò azione.

L'interesse personale del creditore, e quando si dice interesse intendesi in questo riguardo pecuniario e non morale, è il fondamento necessario ed imprescindibile d'ogni obbligazione civile, imperocchè, come insegna il giureconsulto Ulpiano nella L. 38 § 17 ff. *de verb. oblig. Alteri stipulari nemo potest ..... inventae sunt enim obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; caeterum ut alii detur, nihil interest mea.*

Or bene se concorra nel caso in esame l'interesse dello stipulante, dovrà dirsi che venga meno l'applicabilità del principio che non può stipularsi in favore di un terzo e quindi dei nascituri. Ci vuol poco però a riconoscere che tale interesse si verifica. Infatti chi mai più del padre od altro ascendente ha vero interesse a che sia provveduto al sostentamento ed alla educazione dei figli o discendenti, ed in generale al miglioramento della loro condizione economica, onde possano farsi una posizione in società, e assicurare il loro avvenire? I padri non lavorano solo per sè stessi, ma anche per mantenere e condurre bene la famiglia, allevare i figli e preparare loro un prospero avvenire. Dunque tanto vale che acquistino direttamente per sè e poi passino ciò che loro pervenne, in vita od alla loro morte, ai figli o indirettamente acquistino ai figli medesimi, stipulando che sia dato ad essi qualche cosa. Il padre intendeva fare una causa, onde ottenere dal fratello ciò che riteneva spettargli, a termine di legge, sull'eredità del comune genitore. Si transigette, ottenendo, quello che voleva rendersi attore, una parte di ciò che gli sarebbe pervenuto, se fosse stato annullato il testamento paterno. Esso poteva farsi assegnare dal fratello l'intero corrispettivo della renunzia, parte del quale pure a termine, e sotto condizione, e su tale convenzione non ci sarebbe stato nulla a ridire. Perchè invece senza sottilizzare sulle teorie del diritto i due fratelli, in buona fede, amarono meglio di fare apparire le cose, secondo la loro vera intenzione, che fu causa impellente al contratto stipulato in quel modo, e lasciare al contratto stesso il suo sincero carattere, si dovrà perciò annullare per la quota promessa ai figli? Ciò sarebbe un fomentare la mala fede, e favorire le liti. L'equità, se non bastasse il diritto, ripugna ad un simile procedere.

Egli è vero che la ragione che ispirò detto art. 1128, non è espressa nè traluce in verun modo dall'articolo medesimo, ma per solito la legge nelle sue definizioni contempla l'effetto del principio che la informa e non esprime questo: spetta poi agli interpreti ed a coloro che devono applicarla ricercarne lo spirito ed il motivo, onde applicarla rettamente ai casi pratici che si presentano. Sarebbe però desiderabile che nelle de-

finizioni legislative non si procedesse per via di materialità, esprimendosi casi particolari, col quale metodo si dà sempre luogo a controversie ed a difficoltà, e si lasciano fuori altri casi ai quali la legge è senza dubbio applicabile, o nella interpretazione possono farsi entrare nella medesima casi diversi ed anche contrari, che non potrebbero ammettersi. Nella questione attuale, questo inconveniente è stato evitato con saggio consiglio dal codice estense, che formulò in questa maniera il suo art. 1159, ivi: *È valida la stipulazione a vantaggio di un terzo, ogniqualvolta lo stipulante vi abbia interesse. È valida egualmente, quando essa costituisca il modo o la condizione sia di una stipulazione che si fa per sè stesso, sia d'una donazione che si fa ad altri: colui che ha fatto questa stipulazione non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.*

Nel caso speciale proposto non vi sarebbe solamente l'interesse dello stipulante che renderebbe valida la stipulazione fatta in favore dei suoi figli nascituri, ma si rientrerebbe pure nell'eccezione fatta al principio generale dal capoverso del precitato art. 1128. Infatti il padre rinunciò ai suoi diritti sulla successione del comune genitore, in favore del fratello: questi in corrispettivo di tale cessione, si obbligò di servirgli una rendita fissa personale vita durante, ed inoltre sotto la condizione della sopravvenienza di figli al rinunziante, una rendita particolare a ciascuno di questi figli. Egli è evidente che tale contratto era in favore ed in nome del padre rinunziante, col carico però e condizione che l'altro contraente, in ulteriore correspettivo della renunzia, dovesse, nel caso di sopravvenienza di figli al primo, corrispondere ad essi un'altra pensione. È pacifico che la parola condizione usata nel detto articolo, ha un senso generale, e comprende tanto le vere e proprie condizioni da cui si fa dipendere l'esistenza del contratto o la risoluzione del medesimo, quanto il modo o carico imposto ad uno dei contraenti.

Potrebbe opporsi, che quell'articolo contempla bensì il terzo, ma suppone questo vivente, non potendosi concepire contratto in favore di persona che non esiste, com'è il nascituro. Ma a questa obbiezione rispondesi che l'articolo medesimo non riguarda il terzo quale contraente, perchè non può essere tale che quello che interviene effettivamente al contratto e vi manifesti il suo consenso. L'unico contraente è lo stipulante per sè, che solamente fa ridondare il vantaggio della sua stipulazione in tutto od in parte a favore del terzo, chiamato a raccoglierne l'emolumento. Se così è, torna vano il distinguere se il terzo viva od abbia ancora da nascere; basta che persona vivente e capace sia il vero contraente. Se si verificherà poi la condizione della nascita del terzo, allora questi, o chi lo rappresenterà legalmente, potrà accettare la stipulazione fatta in suo favore, ed il contraente, che la fece, non potrà più revocarla.

Nel caso speciale poi tratterebbesi del padre che stipula per sè stesso, ma parte del vantaggio risultante dalla stipulazione farebbe ricadere a beneficio dei figli. Abbiamo veduto sopra che la legge permette donarsi a nascituri non ancora concepiti, purchè da persona vivente: ora la stipulazione fatta a vantaggio di un terzo, e perciò di nascituri, è, riguardo a questi, una vera e propria donazione; questa donazione è confusa ed implicita nel contratto stipulato fra le parti che lo costituiscono. Dunque essa è una donazione come le altre, che potrà farsi in favore di nascituri da persona determinata vivente; e se il padre, che entra nel contratto e dal quale si fa questa donazione ai propri figli nascituri, non possa accettarla per essi, perchè vi sarebbe incompatibilità non potendo nello stesso tempo figurare come donante e rappresentare il donatario, allora si ricorrerà al disposto dell'art. 1059 capoverso 2.° del codice civile e potrà farsi intervenire nel contratto una di quelle persone che in tal caso possono accettare la donazione pei nascituri, indicate nel detto capoverso e nel successivo del precitato articolo; ma anche se nessuna di quelle persone intervenga a tal effetto nel contratto, potrà poscia qualcuna di esse in qualsiasi tempo dichiarare, che accetta la stipulazione fatta a vantaggio dei nascituri, senza attendere la nascita di questi, rimanendo però essa, come ben s'intende, subordinata alla condizione ad essa inerente della nascita di quei nascituri, e cominciando ad avere effetto dal giorno della nascita medesima.

Un'altra eccezione alla regola che i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti, *res inter alios acta* (art. 1130 cod. civ.), è sancita dall'art. 1127 detto codice, se pure questa possa denominarsi un'eccezione al principio suddetto, poichè veramente è pur essa una regola di diritto, separata e distinta, che trova fondamento in un suo proprio principio.

Orbene al caso proposto potrebbe applicarsi il disposto del suddetto art. 1127, od almeno esso viene a corroborare la tesi che io propugno. Infatti il padre è il legale rappresentante dei suoi figli nati e nascituri: questa è una massima inconcussa di diritto, applicata espressamente in diverse disposizioni positive di legge; inoltre come dice il suricordato art. 1127 si presume che ognuno contratti per sè, suoi eredi ed aventi causa. È vero che il padre contrattava nel caso proposto pei figli nascituri come persone a sè, che dovevano acquistare un diritto proprio che prendeva vita e cominciamento da essi, ma può dirsi che in sostanza, almeno nella intenzione, li contemplasse come suoi successori, e che in qualche modo volesse far loro godere prima della di lui morte una parte delle sue sostanze, e quindi si verificava effettivamente un'anticipazione di parte della sua eredità, che faceva ai figli volta per volta che nascevano, mediante la stipulazione fatta a loro vantaggio, cosa questa ben comune, ed infatti l'obbligo legale di conferire imposto agli eredi (art. 991 cod. civ.) si fonda su questa circostanza.

La contrattazione presa ad esempio ha i caratteri di quella contemplata e sanzionata dall'art. 1794 codice civile, e per la sua validità non richiedesi in essa l'intervento del terzo in cui favore è costituita la rendita vitalizia.

Per concludere, mi pare avere dimostrato ciò che mi era proposto, che cioè possa provvedersi ai nascituri, sebbene non concepiti, ed acquistare loro, anche mediante contratti, come può farsi per testamento e per donazione, e che perciò in termini generali non sussista la incapacità che loro vorrebbesi attribuire.

Non presumo avere adempito, come convenivasi, al còmpito che mi sono assunto, ma sono convinto della verità della tesi svolta, e ciò spero mi varrà venia presso i discreti lettori.

Avv. Giuseppe Castelbolognesi.

APPENDICE XXVII

Studio sull'applicazione dell'articolo 890 del codice civile

I.

Enunciazione del tema.

L'articolo 890 del codice civile ha affaticato le menti di parecchi fra i più illustri nostri giureconsulti, e ne abbiamo interpretazioni in sensi così disparati, da non potersi dire che vi abbia per anco una dottrina accettata dalla maggioranza dei nostri scrittori di diritto, sul modo di intendere e di applicare quell'articolo.

Tale diversità di vedute dipende, se non andiamo errati, dal non avere gli autori che di questa materia si occuparono, tenuto conto *di tutti* i precedenti legislativi che potevano in tale argomento richiamarsi, essendosi per lo più limitati a prendere in esame le sole Relazioni dei Ministri e delle Commissioni che attesero allo studio del codice patrio, senza risalire più addietro nelle indagini che potevano farsi.

Ora poichè in questi dì mi è avvenuto di dovere, in difesa di una causa al mio patrocinio affidata, fare qualche studio accurato sopra cotesto tema; e poichè dal risultamento di questi studi parvemi poter devenire, per altra via, da quella sin qui

generalmente battuta, ad una dimostrazione, che a me sembra chiarissima, della vera portata di quella disposizione, credo non inutile nè inopportuno, di sottoporre ai cultori della scienza alcune considerazioni in proposito.

La specie che diede occasione alle mie ricerche è semplicissima.

Cessò di vivere nel 1864 il conte P....., dopo di avere con testamento, anteriore di ben due anni alla sua morte, istituito eredi della propria sostanza le sue tre figlie. Fra i vari legati, disposti in quel testamento, uno ve n'era a favore della nipote contessa I.... figlia di una delle eredi.

Ma questa legataria sventuratamente era morta nel fiore degli anni, cinquanta giorni circa prima del vecchio avo, lasciando un figliuoletto in tenerissima età.

Il marito della contessa I....., padre di questo fanciullo, conosciuto ch'ebbe il testamento del conte P...., chiese alle eredi nell'interesse del figlio suo il pagamento del legato; due di esse (l'ava ed una delle prozie del minore) per loro parte vi assentirono, la terza vi si rifiutò. — Di qui la lite contro cotesta signora, lite in cui il problema giuridico da risolversi è il seguente:

« Se il pronipote sottentri nel legato disposto dal suo bisa-
« volo a favore della lui madre, premorta al testatore, seb-
« bene sia tuttora superstite la figlia del testatore medesimo,
« ava del nipote che aspira al legato ».

II.

Precedenti storici di quella legge.

La disposizione portata dall'alinea dell'articolo 890 (1) del codice civile viene dichiarata ad una voce da quasi tutti i giuristi nazionali una delle più notevoli *innovazioni* introdotte dal codice italiano. Incominciò a presentarla come tale il proponente ministro Pisanelli; in eguali termini ebbe a qualificarla davanti alla Camera vitalizia nella sua relazione il senatore Vacca e tutti gli scrittori, tutti i commentatori del codice continuarono a conclamare al *nuovo concetto*, all'*istituto nuovo*, che si è introdotto nella legislazione mercè il disposto da quell'articolo.

(1) É opportuno per la più chiara intelligenza di ciò che siamo per dire tenere presente il testo di questo art. 890: — « Qualunque disposizione testamen-
« taria è senza effetto, se quegli, in favore del quale è stata fatta, non è sopra-
« vissuto al testatore o è incapace.
« I discendenti però dell'erede o del legatario premorto od incapace sottentrano
« nell'eredità o nel legato nei casi, in cui sarebbe ammessa a loro favore la rap-
« presentazione se si trattasse di successione intestata, eccettochè il testatore abbia
« altrimenti disposto, ovvero si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di
« sua natura personale ».

Non mancarono alcuni pochi che questa *novità* disapprovarono (1); ma la stessa disapprovazione moveva appunto dall'idea di scorgere in quella legge una *innovazione radicale* reputata sovversiva dei sani principii giuridici, e quasi un'aperta rivoluzione contro le dottrine consacrate dal diritto romano, che dicevansi messe in disparte con troppa leggerezza dal legislatore del regno d'Italia.

Noi non possiamo in verità che plaudire altamente alla disposizione dell'articolo 890, non possiamo non ritenerla un utilissimo e grande progresso, rimpetto al codice francese e agli altri ricalcati sovr'esso che ebbero vigore nelle varie provincie italiane, ma non crediamo che il principio sancito da quell'articolo sia veramente ed in tutto una novità di nostra creazione, anzi lo reputiamo piuttosto una restaurazione o tutto al più una ampliazione sott'altra forma d'un'antica dottrina.

Lo stesso ministro Pisanelli accennava nella sua relazione come il codice austriaco contenesse nell'argomento alcun che di eccezionale, rimpetto a ciò che disponevano in proposito gli altri codici vigenti in Italia, ed a suo avviso anche il diritto romano. Ma qualche commentatore illustre persiste a credere, o mostra almeno di dubitare, che neppure il codice austriaco portasse nulla di analogo a quello che fu statuito nel detto articolo 890 del codice nostro (2), sebbene non sia difficile il dimostrare come questa disposizione del codice italiano trovi invece aperto riscontro nel codice austriaco, e prima ancora che in questo, nel prussiano; e riesca poi manifesto come l'origine vera ne risalga alla fonte precipua delle legislazioni moderne, al diritto romano. Un esame diligente della questione induce a credere infatti, che il principio di cui si tratta sia negli stessi codici germanici, anzichè un prodotto indigeno dello svolgimento delle idee giuridiche in quella nazione, il frutto della importazione d'un germe già coltivato nella legislazione giustinianea e cresciutovi sotto l'influenza di quel profondo sentimento di equità che valse così spesso nelle leggi romane a temperare con sapiente prudenza le deduzioni rigorose dello stretto diritto.

Era in obbedienza ai rigidi principii dell'antico *jus civile* che Giustiniano, mentre con spirito riformatore, nella sua Costitu-

---

(1) Devono annoverarsi tra questi specialmente il comm. NIUTTA in seno alla Commissione coordinatrice del codice civile, il consig. DE PAOLA in una Memoria intorno alla *indegnità ed ai diritti dei discendenti dall'indegno*, pubblicata in Catania nel 1872, e qualche altro ricordato dal PACIFICI-MAZZONI nel Vol. VI del suo Comm. sulle *Successioni*, pag. 282 e seg.

(2) Il PACIFICI-MAZZONI, appoggiandosi all'autorità di BASEVI, ritiene che forse neppure il codice austriaco ammettesse la pretesa novità, e dichiara di accennare a questo Codice come ad un precedente sull'argomento, solo perchè la relazione ministeriale lo afferma (*Istituz. di Diritto civile*, (diz. 2.ª, vol. IV, pag. 248 — e Comment. *Delle Successioni*, Vol. IV, pag. 263).

zione dell'anno 534, toglieva di mezzo le antiche leggi in materia di *caducità* di testamenti (*materiam ex bellis ortam, et auctam civilibus quae in se populus romanus movebat*) dichiarava tuttavia che: *hereditatem, nisi fuerit adita trasmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur* (1). Ma subito dopo al rigore di questo principio faceva egli eccezione per mantenere un istituto già creato prima di lui dall'equità di un suo predecessore aggiungendo: *exceptis videlicet liberorum personis de quibus theodosiana lex super hujusmodi casus introducta loquitur*, e richiamandosi poi anche all'altro provvedimento da lui già dato con una costituzione del 531, a sancire la trasmissione, in favore dei discendenti, del *diritto di deliberare* sull'accettazione o sul ripudio di una eredità (2).

Quella *lex theodosiana*, o costituzione di Teodosio e Valentiniano alla quale espressamente richiamavasi Giustiniano e che fu da lui riportata subito dopo nel codice, ammetteva il principio che i discendenti del testatore morti prima dell'apertura delle tavole testamentarie, sia che ignorassero, sia che conoscessero essere ad essi devoluta la eredità, potessero tuttavia trasmetterla nei figli loro, comunque questi non fossero nel testamento sostituiti. Anzi tale facoltà di trasmissione era da quegli imperatori concessa non pure agli eredi, ma anche ai legatarii ad ai fidecommissarii, affinchè i figli o nepoti non fossero in nessun caso privati per l'infausto avvenimento della morte dei loro ascendenti, del beneficio che l'avo o il proavo a favore del loro autore avesse disposto (3).

Questa istituzione ben nota ai Romanisti sotto il nome di *transmissio theodosiana*, era diretta specialmente, secondo che i più eruditi scrittori ne insegnano, a togliere le conseguenze della rigorosa applicazione della legge Giulia e Papia Poppaea, in quanto per questa legge nessuno poteva fare adizione di eredità prima dell'apertura del testamento.

---

(1) L. un. in pr. e § 5, Cod. *De Caducis tollendis* (6, 51).

(2) L. 19 Cod. *De jure deliberandi* (6, 30).

(3) Giova porre sott'occhio l'intero testo di questa Costituzione, che è la leg. unic. Cod. *De his qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt* (6, 53).

« Impp. Theodos. et Valent. Hormisdae P. P. (a. 550).

« Per hanc jubemus sanctionem in posterum (valituram) filios seu filias, nepotes aut neptes, pronepotes vel proneptes a patre vel matre, avo vel avia, proavo vel proavia scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis, seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti (sive se noverint scriptos haredes sive ignoráverint) in liberos suos, cujuscumque sint sexus, vel gradus, derelictam sibi hereditatem portionem posse transmittere memoratasque personas (si tamen hereditatem non recusant) nulla hujusmodi praescriptione sibi osbtante, eam tanquam debitam vindicare. Quod scilicet etiam super legatis, seu fideicommissis a patre vel a matre, avo, vel avia, proavo vel proavia derelictis locum habet. Siquidem perindignum est, fortuitas ob causas vel casos humanos, nepotes aut neptes, pronepotes aut proneptes, avita vel proavita successione fraudari, aliosque adversus avitum vel proavitum desiderium, vel institutum, insperato legati comodo, vel hereditatis gaudere. Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum ».

Intorno alla portata di tale istituzione ed ai limiti della sua applicazione, molte sono, è vero, le controversie sorte fra i dotti e specialmente fra i giureconsulti tedeschi; ma tutti i più reputati fra essi non esitarono a ritenere che con tale costituzione si intendesse di ordinare una *sostituzione tacita* dei discendenti più lontani, ed alcuni anche sostennero che tale sostituzione o trasmissione per quella legge sancita, si verificasse pure nel caso in cui l'istituto erede od il legatario morisse prima del testatore (1).

Dalle surricordate relazioni Pisanelli e Vacca sarebbe da argomentare che questi illustri nostri giureconsulti non credessero in nessun modo possibile cotesta interpretazione che gli accennati romanisti germanici diedero alla costituzione Teodosiana; avvegnachè entrambi affermino che « la sapienza ro-
« mana non poteva pensare a provvedere al caso della pre-
« morienza dell'erede con una disposizione analoga a quella
« del nostro articolo 890, perchè se il discendente di secondo
« grado che non era erede *suo* al tempo del fatto testamento
« diveniva tale al tempo in cui si deferiva l'eredità, le tavole
« testamentarie cadevano (*rumpitur testamentum*) per la agna-
« zione del quasi-postumo o la successione si devolveva *ab in-*
« *testato* ».

Che così fosse in diritto romano, pel principio che il testatore doveva o istituire o diseredare i figli *suoi* non v'ha dubbio (2).

Ma, se non andiamo errati, questo principio non toglieva la possibilità che si avverassero dei casi, nei quali, a tutelare i diritti dei discendenti del premorto, insufficiente rimedio fosse l'azione di annullamento delle tavole testamentarie, e nei quali per la specialità delle circostanze cotesta azione riescisse inapplicabile. — Ciò sarebbe, a quanto ci sembra, indubbiamente avvenuto almeno ogni qualvolta non si fosse trattato di eredità ma di fedecommesso o di legato, perchè in questo caso l'azione rescissoria del testamento non avrebbe mai potuto aver luogo (3).

---

(1) Vedi MAYNZ, *Cours de droit rom.* Vol. III, § 480, 3; e l'articolo *Transmissionsfälle,* nel *Rechtslexikon* di HOLTZENDORFF, 2.ª edizione. Vedi inoltre SERAFINI, *Istituzioni*, Lib. V, § 205, e DOVERI, *Istituzioni*, Vol. 2, p. 593 e più specialmente ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, Vol. 3, § 514, n. 3.

(2) Leg. 30 D. *De lib. et post.* (28, 2).

(3) Non è qui il luogo di svolgere la difficile materia delle diseredazioni e delle preterizioni secondo il diritto romano, nè sarebbe certamente possibile il farlo così in via incidentale, e con una semplice nota. Ma pare potersi senza più sostenere che il testo della Nov. 115, Cap. 3 in fine, laddove è statuito, che la stessa rescissione del testamento quanto all'erede nulla influisce sulle altre dichiarazioni di volontà relative ai fedecommessi o ai legati o ad altre lecite disposizioni, appoggi pienamente la nostra osservazione.

Vedasi anche ARNDTS-SERAFINI, *Pandette*, §§ 590-600.

Laonde se malgrado il rimedio offerto dalla legge pel caso dell'agnazione del quasi-postumo potevano esservi delle eventualità alle quali fosse opportuno il provvedere diversamente e se era sentita la necessità d'impedire che da una inopinata sventura (*fortuitas ob causas vel casus humanos*) i discendenti fossero privati del beneficio che al loro padre od all'avo loro, il più lontano ascendente avea conferito, non è punto a sorprendersi se questo sentimento di equità potesse far leggere nella *Costituzione Teodosiana* un rimedio concesso anche pel caso della premorienza del discendente al testatore, anzichè per quello soltanto della sua premorienza alla pubblicazione del testamento.

Comunque siasi però, e supposto pure che la detta costituzione avesse avuto in mira di provvedere solamente a quest'ultimo caso e non anche al primo, chiaro è tuttavia che fra l'una e l'altra delle due specie di fatto correva assai poco divario; e che, avuto riguardo ai sentimenti da cui vedevasi inspirata quella legge ed alle stesse eventualità che vi si contemplavano (*sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint*), per estenderne l'applicazione da uno di quei casi all'altro, non occorreva che un brevissimo passo sulla medesima via da quella legge tracciata; e questo passo appunto, se già fatto non era, si fece nelle legislazioni germaniche coi provvedimenti dati da esse pei discendenti preteriti.

Il § 443 del codice prussiano dispone che: « se il figlio istituito erede in un testamento fosse premorto al testatore, entrano in luogo suo i discendenti quand'anche nel testamento non fossero stati contemplati ».

Questa ed altre regole date dallo stesso codice in materia di preterizione dell'erede necessario, a quanto affermano i più reputati giureconsulti dell'Austria, furono di guida ai compilatori del codice austriaco per le disposizioni sancitevi intorno a quelle materie nel § 774 e seguenti (1).

Quindi al testo or ora citato del prussiano, corrisponderebbe nel codice austriaco il disposto del § 779 dove è detto: « se il figlio morto prima del testatore ha lasciato discendenti, essendo questi preteriti vengono per riguardo al diritto di successione in luogo del figlio » (2).

Ora per quanto alcuni commentatori del codice austriaco, e particolarmente il Basevi, abbiano negato che questo paragrafo impor-

---

(1) Vedi WINIWARTER, *Commentario al Cod. civ.* Vol. III al § 779. — STUBENRAUCH, *Commentario,* Vol. II, *idem.* — UNGER, *Sistem des österreich. allgem. Privatrechts,* Vol. 6, § 87, nota 5.

(2) Come fu notato anche da una decisione del Tribunale d'appello di Dalmazia, di cui diremo più sotto, la traduzione letterale del testo tedesco di quel paragrafo sarebbe questa: « Se un figlio muore prima del testatore, e lascia discendenti, « questi discendenti, sorpassati in silenzio, subentrano in riguardo al diritto ereditario in luogo del figlio ».

tasse l'introduzione di un nuovo principio e sostengano cioè che esso non sia che una esplicazione dei paragrafi precedenti, nulladimeno è certo opinione prevalente, e oggimai chiaramente dimostrato conforme alle dottrine degli scrittori e alla giurisprudenza dei tribunali austriaci, che il detto § 779 abbia veramente l'effetto di applicare quel principio che passa fra noi sotto il nome di diritto di rappresentazione, ma che più esattamente si risolve in una sostituzione avvenuta per forza di legge, del discendente nei diritti dell'erede testamentario premorto.

In questo senso e di conformità alle vedute degli autori sopra citati, fu interpretato il detto paragrafo da una sentenza della Corte suprema di giustizia in Vienna in data 27 aprile 1861, nel confermare che essa fece una decisione interlocutoria dell'appello di Zara. E poscia quel tribunale d'appello, nella sentenza definitiva pronunciata nella medesima causa, sulle traccie de' principii già raffermati dal detto giudizio supremo, con decisione 17 gennaio 1863, svolgeva questa dottrina con alcune considerazioni che non parmi inopportuno di riferire qui almeno in parte.

Dimostrato come non possa ammettersi l'opinione che l'accennato § 779 sia relativo al caso dei discendenti preteriti di un figlio pure preterito (1), perchè ciò è escluso dai precisi termini della legge specialmente dal tenore del testo originale, e perchè il § 779 non sarebbe allora che una semplice ripetizione di quanto è già sancito dai precedenti §§ 776-778, la prefata sentenza combatteva colle osservazioni seguenti l'obbiezione che si vorrebbe desumere dalla regola generale del § 536 (2):

« Non trattasi qui d'una trasmissione del diritto ereditario, « ma piuttosto di una sostituzione per forza di legge, in modo « conforme alle prescrizioni sul diritto di accrescimento, de- « sunta dalla verosimile intenzione del testatore, il quale per « ragione di sangue avrebbe lasciato immediatamente ai discen- « denti del figlio quanto già col suo mezzo avrebbero media- « tamente fruito, se esso fosse sopravvissuto al testatore. E ciò « a preferenza anche d'un altro figlio rimastogli superstite; « nel modo stesso che in generale nella successione legittima « concorrono per stirpi in parti eguali i più lontani nipoti coi « figli di primo grado. Se havvi in ciò una eccezione ai princi- « pii generali di diritto è questa riferibile più che altro alle « prescrizioni sul diritto d'accrescimento; eccezione ben giusti- « ficata, quando trattasi di concorrenza nelle porzioni vacanti di

(1) Opinione del Basevi.

(2) § 536 del Cod. austriaco. « Il diritto ereditario incomincia dopo la morte di « quello che lascia la eredità. Se l'erede presunto muore prima di esso, non può « trasmettere il diritto di eredità non ancora acquistato ai suoi propri eredi ».

« eredi necessarii; eccezione pur tratta dal diritto comune, pari
« alla *transmissio Theodosiana ex jure sanguinis* pei discendenti
« dei figli emancipati instituiti eredi in un testamento scritto,
« senza differenza se questi fossero morti prima o dopo la pub-
« blicazione del testamento, od anche prima del testatore,
« trasmissione impropriamente così appellata e consistente più
« che altro, come fu sopra accennato, in una sostituzione per
« forza di legge . . . . . » (1).

III.

Opinione dei giureconsulti italiani.

Tali erano i precedenti storici della disposizione di cui qui ci occupiamo. Ma di questi, nessuno o assai poco conto si tenne dagli scrittori che impresero ad illustrare cotesto argomento, e questa reputiamo, come abbiam detto, la causa della somma disparità di vedute che esiste fra quegli egregi giuristi.

Ciò apparirà da una breve rivista delle opinioni principali che furono esternate su tale materia.

L'esimio Pescatore si fece ad esaminare il senso dell'articolo 890 in due scritti pubblicati da prima nel *Giornale delle leggi* (2), poscia riprodotti e rifusi nel suo libro di *Filosofia e dottrine giuridiche* (3).

Ivi egli accenna a quell'articolo come ad un esempio di necessaria applicazione della interpretazione *restrittiva*, per ciò che sarebbe, a suo avviso, storicamente provato « quale fu il « preciso oggetto del pensiero legislativo da cui ebbe origine quella legge, e la parola del legislatore sarebbe trascorsa più oltre . . . . » (4).

Dalle relazioni ministeriali e parlamentari, crede infatti l'egregio giureconsulto, doversi argomentare che l'eccezione portata dall'alinea dell'articolo 890 al principio generale sancito nel primo periodo, consita in ciò unicamente che nei due casi a cui quella legge si riferisce, debbasi far luogo anche nelle successioni testamentarie alla rappresentazione, *come se si trattasse di successione intestata.*

E poichè « diritto di rappresentazione, successione intestata « e vocazione di tutte le persone legalmente più prossime o di « tutte le stirpi con eguaglianza di porzioni, sono tre termini « correlativi ed indivisibili, e poichè il diritto di rapppresenta- « zione ha quest'unico e preciso uffizio di mantenere l'egua-

---

(1) *L'o dei Tribunali*, Sezione II, a. 1863, pag. 386.
(2) Anno 1873, numeri 1 e 40.
(3) Pescatore, *Filosofie e dottrine giuridiche* pag. 195 e seguenti.
(4) Op. cit. pag. 203.

« glianza della distribuzione ereditaria fra tutte le stirpi, ne « deduce », che quando la legge ammette nella successione testamentaria il diritto di rappresentazione, include il tacito postulato della vocazione di tutte le stirpi e quindi che l'eccezionale disposto dell'alinea dell'art. 890 possa applicarsi soltanto in quei casi nei quali « la vocazione medesima se procedesse « direttamente dalla legge (se si trattasse di successione legit- « tima), ammetterebbe la rappresentazione ».

In altri termini, i discendenti dell'erede istituito nel testamento potrebbero invocare a proprio favore il diritto di rappresentazione, solo nei casi in cui la eredità fosse pel testamento devoluta in un modo affatto consono e conforme a quello che avrebbe luogo per legge se si trattasse di successione intestata.

Ma mentre il Pescatore propugna una interpretazione tanto restrittiva di quell'articolo, e la necessità di tale interpretazione desume dalla storia medesima di quella disposizione, un altro non meno celebre giureconsulto, il Borsari, si farebbe invece a sostenere la opportunità e quasi la necessità di fare luogo all'applicazione la più estensiva possibile di quella legge medesima.

« Se il testamento è fatto a favore di un estraneo (chiede a « sè stesso l'illustre scrittore) non avrà forse applicazione il « capoverso dell'art. 890? » (1).

Nella relazione del Pisanelli troverebbe egli motivi ad una qualche esitanza e ad un dubbio; lo raffermerebbe nella incertezza il ritenere coll'ex-Ministro « che la sapienza romana non « siasi preoccupata » di quella condizione di cose a cui ha provveduto per noi il detto articolo, per ciò che già vi supplissero i principii relativi all'agnazione del quasi postumo; e quel dubbio e quella incertezza sarebbero avvalorati in lui dal riflettere che forse pei discendenti dell'estraneo il testatore può non avere quella affezione che si presume pei discendenti dei proprii figli o dei proprii fratelli. Ma tuttavia queste esitanze sarebbero vinte e superate guardando al testo dell'aticolo, nel quale egli dichiara « di essere venuto studiando per trovare il « terzo elemento, che si desidera, cioè la parentela intima del « testatore coll'istituito o legatario e di non avere potuto tro- « varlo ».

Quell'articolo si riferirebbe a « *qualunque disposizione estat-* « *mentaria*; ed a qualsiasi disposizione testamentaria dovrebbe « quindi, a suo credere, applicarsi tanto la regola che la limi- « tazione che l'articolo racchiude ». Il solo rapporto in tale limitazione contemplato quello sarebbe dei successibili tra di loro. « E poichè anche fra l'erede estraneo ed i suoi proprii

(1) BORSARI, *Commentario del Cod. civ.*, Vol. 3, all'art. 890 § 1913.

« figli e discendenti esiste il nesso della rappresentazione », ne conchiude: dovere questo bastare a sostenere anche a fa-« vore dei figli e discendenti quella posizione economica che « era stata fatta al proprio padre, e che egli non ha potuto « godere nè acquistar con effetto ».

Ritiene infine l'egregio scrittore di trovare appoggio in tale opinione nell'autorità dell'illustre Pacifici-Mazzoni, e precisamente in un brano delle *Istituzioni di diritto civile* di quell'autore.

Ma il Pacifici-Mazzoni, là dove svolge più diffusamente la dottrina che su tale argomento professa (1), si farebbe a sostenere invece un'opinione diversa, egualmente lontana dalle vedute del Pescatore come da quelle del Borsari, affermando che « per far luogo all'applicazione del capoverso dell'articolo 890 « due condizioni si richieggono: 1.° che la costituzione caduchi « per premorienza o incapacità dell'erede; 2.° che questo abbia « discendenti che per diritto di rappresentazione succederebbero « al *de cujus* ove morisse intestato ».

La interpretazione restrittiva di Pescatore era stata combattuta ancor prima dal dottissimo professore Buniva, in una egregia *Memoria sull'art. 890* (2). Ma questo giureconsulto sebbene mostri di non accogliere nemmeno l'idea propugnata poi dal Borsari sulla possibile applicazione estensiva di quell'articolo, pensa tuttavia che « quel principo così equo e giusto avrebbe « pur dovuto estendersi alle istituzioni e legati fatti anche ad « un estraneo ».

A tanta e così aperta disparità di vedute esistente fra i più reputati scrittori, non erano sino a questi ultimi giorni giunte a portare alcuna luce nemmeno le decisioni delle Corti nostre, anzi ne fu forse per talune di esse accresciuta l'occasione di divergenze e di dubbii.

La Cassazione di Torino, in una sentenza in cui nessuna quistione d'interpretazione dell'art. 890 è per verità decisa *ex professo*, e dove non trattavasi precisamente che di una pura indagine di diritto transitorio (3), dichiarava tuttavia a mo' d'incidenza « che l'art. 890 del codice civile pareggia negli effetti « le vocazioni testamentarie alle vocazioni legittime in quanto « al diritto di rappresentazione ». Non era questa ancora una sanzione esplicita della dottrina di Pescatore, ma era un'idea che rivelava, come questo accenno, fatto dall'estensore di quella sentenza, al principio fondamentale della sua dottrina non avesse

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Comment. Successioni*, Vol 4, tit. 2, Cap. 8.
(2) BUNIVA, *Interpretazione dell'art. 890 del cod. civ. italiano.* Torino 1873.
(3) Decisione 13 settembre 1882 in causa Belluschi contro Mazzini. Rel. PESCATORE, riferita nella Memoria del BUNIVA, con nota dell'avv. PICCINI, tratta dalla *Giurisprudenza di Torino*, a. 1872, n. 41, e riportata anche nel *Monit. dei Trib. di Milano*, a. 1872, pag. 1005.

trovato nel seno di quell'illustre consesso alcuna opposizione o resistenza.

Poco prima la Corte di Catania in una decisione del 29 luglio 1872 (1), pure a modo d'interpretazione restrittiva, sostenne che l'articolo 890 non potesse applicarsi ai discendenti dell'erede o del legatario incapace *per indegnità;* e la polemica già sorta dinanzi intorno a tale quesito, si riaccese, come ricorda il Pacifici-Mazzoni dopo questa sentenza più viva tra i professori Fulci e Buniva dall'una parte e l'avvocato Perroni-Palladini e il consigliere De Paola dall'altra, quelli combattendo, questi appoggiando il principio ammesso dalla sentenza medesima.

Più grave dubbio ancora sulla intelligenza dell'articolo 890 avrebbe fatto sorgere poscia una decisione del 7 luglio 1874 della Corte di Casale (2), nella quale si sostiene che il detto articolo non sia applicabile in quei casi in cui l'erede premorto o incapace sarebbe escluso dalla successione intestata per la esistenza di un altro consanguineo di grado prossimiore.

Tale ulteriore limitazione, consequenziale alla dottrina del Pescatore, trovò opposizione nel Pacifici-Mazzoni, il quale ne dimostrò con assai valide ragioni la sussistenza; e le conclusioni di quell'egregio commentatore, consone in questo alle idee già espresse nella sua memoria dal Buniva, ebbero finalmente a ricevere una autorevole conferma dalla decisione 5 aprile 1876, di cui diremo più innanzi, pronunciata dalla Suprema Corte di Torino, e colla quale l'accennata sentenza della Corte di Casale venne cassata.

IV.

Interpretazione che si reputa preferibile.

Riferite così le principali opinioni degli scrittori che si occuparono dal punto di vista pratico del grave tema, e le più notevoli decisioni delle Corti in tale argomento, è tempo ormai che veniamo a mettere innanzi, quali che siano i resultati dei nostri studi (3).

---

(1) É riferita per intero da Pacifici-Mazzoni, op. e vol. cit. p. 270 e seg.

(2) Sentenza in causa Molino contro Molino riferita anche questa da Pacifici-Mazzoni, op. e vol. cit. pag. 308 e seg. e riportata negli *Annali di Giurisp. ital.* 1872, P. II., pag. 366.

(3) Avrei dovuto parlare anche di una dotta memoria dell'egregio avv. Grossi inserita nell'*Archivio Giuridico* (Vol. 14, pag. 529-540); ma siccome essa non tocca che di volo le applicazioni pratiche, non pareami necessario il discorrerne diffusamente. D'altronde anche in quello scritto si disconosce ogni possibilità di riscontro nella materia di cui si tratta fra la nostra legge e il diritto romano; sicchè l'esame di quella memoria nulla avrebbe offerto in aggiunta alle cose di già accennate.

Le ricerche storiche più sopra esposte non potrebbero considerarsi di per sè che elementi di pura disquisizione teorica, tutto al più, non inutili per uno studio *de jure constituendo*, ma sarebbero prive di efficacia d'applicazione, e di qualsiasi carattere interpretativo della legge vigente, se non potessimo dimostrare che quelle precedenze, comunque obliterate dai più, non sieno state senza influenza nell'elaborazione del codice nostro. Ora sebbene abbiamo dovuto notare nelle relazioni ministeriali e parlamentari e nel maggior numero degli illustratori di quella legge, la quasi completa noncuranza di tali precedenze, nulladimeno dobbiamo dire che ciò non avvenne in tutti gli stadi attraverso ai quali è passato l'esame del codice civile prima della sua promulgazione.

In seno alla Commissione speciale chiamata a riordinare le disposizioni, alcuni eminenti Giureconsulti, e precisamente i commendatori Bonacci, Sighele, Precerutti e Vaccarone, nell'esame che fecero dell'art. 917 del progetto (che divenne poi l'890) esternarono opinioni conformi alle idee che sopra abbiamo ricordato taluno (il Bonacci) per dimostrare che il principio intorno a cui discutevasi non era nuovo, come si credeva, rispetto alla legislazione romana, se alcuni interpreti se ne erano già occupati; tal altro (il Sighele) appoggiando queste vedute e ricordando anche espressamente, e citando, almeno come analoga, la *trasmissione teodosiana*; e i due ultimi infine affermando che la disposizione di cui trattavasi « non vuol essere « giudicata secondo i principii che regolano la rappresentazione « la quale appartiene più specialmente alla successione intestata, « ma deve essere considerata in rapporto ai principii che ris- « guardano la sostituzione tacita » (1).

Ora noi crediamo che la verità sia precisamente riposta in queste considerazioni, noi crediamo che questi cenni di quegli egregi giureconsulti sieno il faro che valga a rischiarare interamente ed in tutte le sue applicazioni quell'istituto giuridico, che colla ripetuta legge venne nel nostro diritto civile introdotto.

Che che ne sia infatti, in linea teorica e dottrinale, dell'esattezza della locuzione consacrata dall'uso, per cui il diritto dei discendenti di prendere nella successione intestata il luogo degli ascendenti, si addimanda col nome di *diritto di rappresentazione*, certo egli è ad ogni modo che gli equivoci propri di questa locuzione si accrescerebbero a dismisura, se vogliasi veramente affermare che l'art. 890 abbia esteso *il diritto di rappresentazione* alla successione intestata (2).

---

(1) Verbale Num. 30 della Commissione coordinatrice del codice civile.

(2) I giuristi della scuola germanica accettano mal volentieri questa denominazione pur generalmente seguita: « Cette locution, dice MAYNZ (Vol. 3, § 461), « est équivoque en ce qu'elle pourrait donner lieu à croire que le droit de ces

Ed invero, ritenuto che il detto articolo stabilisce come regola che la capacità di succedere e la sopravvivenza al testatore sono estremi necessari a potere conseguire l'eredità o il legato; ritenuto che, in via di eccezione a questa regola vi è sancito, che « i discendenti dell'erede o del legatario premorto od in« capace sottentrano nella eredità o nel legato, nei casi in cui « sarebbe ammesso a loro favore il diritto di rappresentazione « se si trattasse di successione intestata », a noi pare chiarissimo che qui non possa parlarsi di un vero diritto di rappresentazione portato nella successione testata (ed in massima incompatibile coll'idea del testamento), ma che si tratti invece di una surrogazione (*sottentrano*) o di una *sostituzione*, analoga alla sostituzione volgare, che, per ministero di legge, avvenga nei casi dal legislatore contemplati.

Ed ecco che a chiarire questo concetto vale efficacemente quel richiamo alla Costituzione teodosiana, dove certamente non potevasi intendere di fare riferimento al *jus repraesentationis* (che fu introdotto solo da Giustiniano colla Nov. 118) e dove tuttavia i figli degli eredi o legatarii contemplati da quella legge erano surrogati ai loro genitori, *licet non sint invicem substituti.* Colle quali parole può dirsi, che il legislatore, quasi per antitesi, mostrasse di voler così creare, per ministero di legge, quella *sostituzione* che dalle tavole testamentarie non risultava.

Ed a conferma ulteriore giova inoltre il considerare come il codice austriaco pure ammettesse nel § 779 questa surrogazione dei discendenti, sebbene, per concorde opinione di tutti i più autorevoli scrittori di diritto austriaco, il *jus repraesentationis* non sia riconosciuto ed ammesso da quel codice, pel quale tutti i discendenti sono sempre chiamati a succedere *jure proprio.*

Nulla adunque di più naturale che considerare anche la disposizione del codice italiano dallo stesso punto di vista; e se ciò si faccia, ne risulterà come conseguenza, che il diritto di rappresentazione, a cui l'articolo 890 si riferisce, non sia a riguardarsi siccome posto in quella legge quale *principio direttivo* del sancito provvedimento, ma semplicemente richiamatovi come un *dato* o *termine di confronto.*

In altri termini il detto articolo suona per noi in questo senso:

« personnes (*i rappresentanti*) serait déterminé par le droit de ceux qu'elles sont « censées représenter, ce qui est faux. car elles viennent *jure proprio.* — Aussi « ce langage équivoque n'a-t'il pas manqué d'engendrer parmi les jurisconsultes « modernes diverses opinions erronées qui ont réagi sur la rédaction du code Napo« léon, art. 730, 848 ». — Anche UNGER combatte questa locuzione e la dichiara fondata sopra un errore troppo generalmente diffuso (UNGER, *Sistema*, Vol. 6, § 43, N. 5) Ed ARNDTS concede che possa adottarsi purchè non s'intenda per essa che i nipoti non succedano all'avo per diritto proprio, ma soltanto come eredi dei loro genitori (ARNDTS-SERAFINI, *Pand.* 3, § 477 nota).

« I discendenti dell'erede o del legatario premorto od inca-
« pace, si presumono per legge sostituiti nell'eredità o nel le-
« gato in tutti quei casi nei quali sarebbe ammesso a loro fa-
« vore il diritto di rappresentazione, se invece che trattarsi della
« successione testata o del legato, si trattasse della successione
« intestata che al predefunto fosse devoluta, eccettochè il te-
« statore abbia altrimenti disposto.... »

Ora che cosa è adunque da ricercarsi per riconoscere se sia o no in un determinato caso applicabile l'articolo 890? Basta ricorrere al *dato di confronto:* basta supporre cioè che a favore della persona del premorto fosse devoluta la successione intestata del *de cujus* e vedere se il discendente del premorto medesimo succederebbe o no.

E poichè per gli articoli 730, 732, le due categorie di persone alle quali la legge riconosce il diritto di rappresentazione nella successione intestata sono i discendenti del *de cujus* in linea retta in infinito, e i discendenti dei fratelli e sorelle di lui, poichè per l'articolo 728 l'indegnità del genitore non nuoce ai discendenti anche se succedano per diritto di rappresentazione; poichè l'articolo 634 ammette la rappresentazione anche rispetto agli assenti, ed il 735 la riconosse anche a favore della persona alla cui successione si è rinunziato; e poichè infine, per l'articolo 749, spetta la rappresentazione nella successione intestata, in tutt'i diritti del loro padre anche ai discendenti legittimi dei figli naturali premorti; mentre poi invece, pel successivo articolo 749, i figli naturali ancorchè riconosciuti, non hanno alcun diritto sui beni dei congiunti del padre o della madre loro; così ne viene come corollario piano, manifesto ed incontestabile del premesso principio che in tutti questi casi, e colla sola limitazione dell'articolo 749, sia applicabile anche *la sostituzione tacita o legale,* portata dall'articolo 890.

Nè si dica che fra questo modo di considerare l'argomento e il modo in cui lo considerarono tutti od alcuni almeno degli scrittori sopraccennati non v'abbia che una differenza di locuzione e non altro. Ben al contrario. La questione non è di parole, ma di sostanza.

Se si ammetta che l'articolo 890 abbia introdotto nella successione testamentaria il *jus repraesentationis,* se si ammetta cioè che questo diritto (il quale non è altro in fin dei conti che quel modo di successione *quam in stirpes vocavit antiquitas* (1) e allora i cardini o le condizioni essenziali di cotesto istituto giuridico, dovranno valere così nelle successioni intestate come nelle testamentarie alle quali abbiasi ad applicare l'articolo stesso. Allora sarà logica necessità di accogliere le idee che il Pescatore nella sua stringente dialettica esponeva; per-

(1) Così si esprime lo stesso GIUSTINIANO, da cui vuolsi introdotto questo diritto nella Novella 118, Cap. 1.

chè è fuor di dubbio, come egli afferma, che « successione in-
« testata, diritto di rappresentazione e vocazione di tutte le per-
« sone legalmente più prossime, o di tutte le stirpi con eguaglianza
« di porzioni, sono tre termini correlativi ed indivisibili ». E
allora dovrà farsi luogo alla rappresentazione nella succes-
sione testamentaria in base all'articolo 890, colle sole limita-
zioni da lui proposte, solo in quanto il testamento sia conci-
liabile colle disposizioni date dalla legge per le successioni
intestate.

Ma che queste limitazioni non sieno invece possibili nè con-
ciliabili col testo della legge, lo hanno dimostrato a fior di
evidenza e il Buniva, e il Pacifici-Mazzoni, e il Borsari, tra gli
altri argomenti con quello che giustamente fu detto « il colpo
« di grazia del combattuto sistema », coll'osservazione cioè,
che nell'articolo 890 si comprendono anche *i legati.*

« Dove si troverebbe nei legati, chiede a tutta ragione il
« Borsari, quel rapporto d'eguaglianza e di conformità che si
« vuol vedere fra la successione testata e la intestata, onde
« attuare la rappresentazione? » (1). Certo non si potrebbe, per
la natura stessa delle cose, conciliare la surrogazione del di-
scendente per rappresentazione nel legato, coi principii regola-
tori di tale provvedimento nelle successioni intestate. Dunque
per ammettere il sistema di Pescatore bisognerebbe avere come
soppressa od eliminata dalla legge la voce *legatario.* Ma « al-
« lora l'interprete non rimane più nel suo ufficio ed usurpa le
« prerogative del legislatore » (2).

Però se così è, se le conseguenze strettamente logiche d'un
principio conducono ad una applicazione impossibile, il vizio
del ragionamento dovrà ricercarsi non nelle illazioni, ma nel
principio medesimo da cui si parte.

Ciò non fecero, a mio sommesso avviso, i confutatori delle
opinioni di Pescatore.

Non lo fecero, se tutti concordemente persistono a ritenere
che coll'articolo 890 siasi portato il diritto di rappresentazione
anche nella successione testamentaria. Non lo fece il Buniva,
che disapprova il contrario concetto della *sostituzione tacita,*
espresso da Precerutti e Vaccarone nella Commissione coordi-
natrice (3). Non lo fece il Pacifici-Mazzoni il quale, pure ap-
provando quel concetto e qualificandolo anzi come *osservazione
acutissima,* commenta l'articolo 890 come includente le condi-
zioni occorrenti a far luogo alla rappresentazione nella succes-
sione testamentaria, e formula l'estremo all'applicazione di quel-
l'articolo dichiarando: essere necessario che i discendenti del
premorto sien tali « che succederebbero per rappresentazione

(1) Borsari, *Comment. all'art. 890.* § 1910.
(2) Pacifici-Mazzoni, *Comment.* Vol. cit., pag. 304.
(3) Memoria citata, pag. 6.

« al de cujus, *ove morisse intestato* (1) ». Non lo fece finalmente il Borsari, il quale, sebbene si richiami in una nota alla Costituzione di Teodosio, e mostri di riconoscere nella nostra legge quasi il risorgimento di quella, nulladimeno segue poi le opinioni della relazione Pisanelli sull'apprezzamento delle disposizioni del diritto romano in proposito, abbandona il concetto della *sostituzione*, implicito nella *lex theodosiana*, e non dipartendosi dall'idea comunemente invalsa, che pel codice nostro sia introdotto il diritto di rappresentazione nella successione testata, si limita ad affermare, che « il diritto di rappresenta-« zione produce effetti diversi secondo la varia indole, il ca-« rattere e l'oggetto delle istituzioni alle quali si applica » (2).

Ma lo stesso Pescatore presentiva il solo modo efficace con cui le illazioni potevano essere combattute.

Le obbiezioni che gli si facevano dal Buniva, e delle quali non poteva non riconoscere la gravità e la concludenza, mostra egli medesimo di ritenere che reggerebbero « qualora si po-« tesse attribuire al legislatore il pensiero d'aver voluto con « quella legge dichiarare che se l'erede istituito era un figlio « o un fratello del testatore o un discendente da loro, i figli e « discendenti dall'erede premorto s'intenderanno *tacitamente* « *sostituiti* » (3). E se non accetta il supposto di questo pensiero, egli è perchè il testo della legge non parla *di persone* ma *di casi*.

Ma, valendoci delle stesse parole dell'esimio scrittore, contro tale suo argomento crediamo doversi dire, che « i casi inclu-« dono virtualmente i rapporti personali », ed aggiungiamo, che sebbene avesse potuto per avventura il legislatore servirsi di una espressione più chiara e più netta, nulladimeno anche dell'essersi richiamato *ai casi* non può venirgli fatto rimprovero, quando si ammetta che *i casi* della rappresentazione nella successione intestata sieno accennati dalla legge non come *principio direttivo*, ma come *termine di confronto*.

V.

Conseguenze pratiche del sistema d'interpretazione proposto.

Con questo sistema d'interpretazione, che qui propugniamo, ogni difficoltà ci sembra tolta, e nessuna delle dispute che si sono fatte, nessuna delle limitazioni che si sono proposte, ha più ragione o fondamento di sussistere, dacchè ogni questione si risolve con un semplice sillogismo.

1) PACIFICI-MAZZONI, op. e vol. cit., pag. 314 e pag. 269.
2) BORSARI, opera e loco citati.
3) PESCATORE, op. cit. pag. 204.

Ritenuto che la sola ricerca da farsi consista nel vedere se, dato in ipotesi che si trattasse di successione intestata anzichè di successione testamentaria o di legato, il discendente del premorto avrebbe il diritto di subentrare per rappresentazione nel luogo dell'istituito, a che disputare se l'articolo 890 torni applicabile ai discendenti dell'indegno? Basta in quel caso, come sopra notammo, leggere l'articolo 728 del codice nostro per risolvere ogni dubbio. E poichè da questo articolo è manifesto che qualora si trattasse di successione intestata, anche il figlio dell'erede indegno premorto raccoglierebbe l'eredità per rappresentazione, e così questo figlio dell'indegno premorto si dovrà ritenere chiamato dalla legge per *tacita sostituzione* a raccogliere anche la eredità od il legato dal testamento disposto.

Che importa il vedere se nella specie sottoposta al giudizio della Corte di Casale vi fossero o no eredi, i quali nella successione intestata sarebbero risultati prossimiori? Non era della successione intestata del *de cujus* che dovesse effettivamente la Corte decidere, se trattavasi invece della successione testamentaria di lui.

Sia pure che qualora il testatore fosse morto intestato, l'erede da lui nominato non avrebbe avuto il diritto di reclamare per sè l'eredità, perchè avrebbe trovato un ostacolo nella esistenza d'un congiunto più prossimo; ma, pei *termini di confronto,* dobbiamo figurarci sempre l'ipotesi che questo ostacolo non vi sia, dobbiamo figurarci che si tratti di successione che fosse fuori d'ogni questione devoluta al premorto, e vedere se il suo discendente avrebbe o no in questa ipotesi il diritto di venire in luogo suo.

Ma se cotesto modo d'interpretazione chiarisce la inammessibilità delle limitazioni, che sarebbero la logica conseguenza di quel sistema, che prende per base dell'articolo 890, il diritto di rappresentazione, esso vale a chiarire altresì la inammessibilità di quell'applicazione estensiva che parrebbe propugnabile, od almeno desiderabile, secondo il voto dei giureconsulti Borsari e Buniva.

Quando si ammette che col capoverso dell'articolo 890 non si è voluto stabilire che una sostituzione tacita, e che la rappresentazione vi è richiamata come dato di confronto, per dedurne la sussistenza o non della sostituzione presunta, è manifesto che i due termini di questa equazione devono essere di natura omogenea, senza di che non sarebbe possibile il rapporto. E questa natura omogenea la si riscontra evidentemente nel ritenere che trattisi per entrambi della successione del *de cujus,* di quello, cioè, alle disposizioni testamentarie del quale si riferisce la prima parte dell'articolo.

È la disposizione del testatore che, di regola, per la premorienza dell'erede rimarrebbe caduca; e se, come eccezione a questa regola, il legislatore vuol presumere sostituito il discen-

dente dell'erede premorto, basandosi alla supponibile affezione del disponente pel figlio del congiunto beneficato, ragion vuole che anche il dato di confronto, da cui desumere il rapporto di parentela, che può servire di base a questa presunzione, debba essere relativo alla persona del disponente, non a quella dell'erede istituito.

Non crederei pertanto nemmeno plausibile il desiderio che questa tacita sostituzione avesse ad estendersi anche ai discendenti dell'estraneo.

È *in jure sanguinis*, come dicono i dottori (1), che la *transmissio theodosiana* trovava il suo fondamento; è nella coscienza universale, che sente come l'affetto, discendendo dal padre ai figli, e dai figli ai nipoti, anzichè scemare si accresca, che il nostro legislatore attinse la necessità di far luogo all'accennato provvedimento; è infine in appoggio agli stessi supposti, su cui si basano le disposizioni date dal codice intorno alla successione intestata, che il legislatore, nella inopinata premorienza dell'erede o del legatario al testatore, sostituisce alla volontà espressa di quest'ultimo, divenuta inefficace, la presunta volontà di lui.

Ma se questa presunzione è naturale e conforme alla coscienza giuridica della nazione quando si tratta di così stretti vincoli di parentela come quelli nei quali è ammessa la rappresentazione, non parrebbe poi nè lecito nè fondato sopra una sufficiente probabilità, il volere spingere le ipotesi e le presunzioni oltre quei limiti, così da poter dar luogo anche a supposizioni affatto arbitrarie.

D'altronde se il testatore sente forse un ribrezzo a prevedere nel proprio testamento il caso che, come le leggi naturali, avvenga la premorienza a lui del giovane figlio o dell'adolescente nipote, meno riluttanza avrà egli per fermo a portare il suo pensiero alla mancanza d'un estraneo, fors'anche coetaneo o più vecchio di lui, per quanto pure a lui affezionato ed amico. Quindi è che se veramente egli abbia anche pei figli dell'estraneo beneficato, quella stessa affezione che nutre pel padre loro, ben potrà per lo evento della di lui premorienza farsi a dimostrarlo in modo esplicito, con una espressa sostituzione volgare.

Esaminate cioè le opinioni degli scrittori che più a fondo si occuparono di questo argomento, risulta da ciò che abbiamo detto, che il Pacifici-Mazzoni è quello alle conclusioni del quale di preferenza ci sembra dover accedere. Ma ci è già occorso di notare come lo avere ammesso il concetto della estensione del *jus repraesentationis* alla successione testamentaria, abbia indotto anche questo autore a concretarne gli estremi in una formula che non ci sembra gran fatto esatta.

---

(1) RICHERI, *Universa jurisprudentia*, Lib. II, tit. 23, n. 588.

Vedemmo come egli dichiarasse estremo necessario all'applicabilità dell'articolo 890 « esser quello che l'erede istituito « od il legatario abbia discendenti, che per diritto di rappre- « sentazione succederebbero al de cujus *ove morisse intestato* ». Ora questa formula potrebbe, contro le intenzioni del proponento, portare a conseguenze ch'egli stesso combatte, potrebbe giustificare, contro il proposito dell'autore, decisioni analoghe a quella pronunciata dalla Corte di Casale.

Siccome infatti il diritto di rappresentazione non può applicarsi, come dicevano i pratici, *per saltum et omisso medio,* così qualora si affermi che per l'articolo 890 non possa concedersi la surrogazione che a coloro i quali succederebbero al de cujus *ove morisse intestato,* bisognerebbe concludere che la stessa regola sia da rispettarsi anche nei casi dal detto articolo contemplati.

Laonde, facendo applicazione della formula del Pacifici-Mazzoni, alla specie da cui abbiamo preso le mosse per ragionare intorno a questa materia, supposto cioè che si tratti appunto di vedere: « se il pronipote sottentri nel legato disposto dal « suo bisavolo a favore della di lui madre premorta al testa- « tore, sebbene sia tuttora superstite la figlia del testatore me- « desimo, ava del nipote, che aspira al legato », è manifesto che noi saremmo condotti ad una soluzione, opposta a quella che pur secondo le idee dell'egregio scrittore vuol essere sostenuta, ed è vera.

Supposto infatti il bisavolo conte P.... *morto intestato,* la sua eredità sarebbe pervenuta alla di lui figlia, ava del fanciullo lasciato dalla legataria nipote. Laonde non potrebbe dirsi che questo fanciullo succederebbe per diritto di rappresentazione al conte P...., se da quell'eredità sarebbe anzi interamente escluso per la esistenza dell'ava; e quindi ragionando coll'accennata formula non potrebbe per lui applicarsi il disposto dell'art. 890 nemmeno quanto al legato.

Ben è vero che questa conclusione verrebbe respinta da altre considerazioni, che pur si leggono nello splendido trattato del Pacifici-Mazzoni, anzi che la stessa sua formula è quasi da lui medesimo condannata, laddove combattendo la sentenza casalese mostra la necessità di tener conto della frase testuale adoperata dalla legge (*se si trattasse di successione testamentaria*) (1). Ma questa stessa necessità, in cui l'illustre scrittore trovossi indotto di dover quasi riformare e correggere nelle applicazioni la regola da lui proposta, è una novella prova della erroneità del principio da cui essa fu tratta, per cui a tutta ragione possiamo anche noi rifiutarla.

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, opera e vol. citati, pag. 313.

VI.

Conclusione.

Per controllare la verità del nostro modo di considerare la legge, abbiamo dovuto, forse con ardire soverchio, combattere le opinioni di alcuni fra i più eminenti nostri giureconsulti, di quelli, alle opere dei quali siamo soliti di ricorrere quotidianamente col massimo rispetto, per attingervi le più sincere norme ed i maggiori lumi a guidarci nella difficile opera della interpretazione delle leggi.

Ma ci conforta a credere che non errammo nel nostro giudizio vedendo come esso possa dirsi oggimai sorretto dall'autorità d'una delle più reputate magistrature del regno.

La decisione 5 aprile 1876 della Corte suprema di Torino, cassando la surriferita sentenza di quella di Casale, proclamò per la prima volta, a nostro credere, il vero principio regolatore della retta applicazione di quell'articolo, e mette un suggello di verità a questo studio, che avevamo dovuto già intraprendere e compiere quasi affatto, prima che quella decisione fosse resa di pubblica ragione.

In essa è riconosciuto come la disposizione del capoverso dell'art. 890 importi una *tacita sostituzione,* stabilita dalla legge per supplire alla mancanza della sostituzione espressa, che si presume voluta implicitamente dal testatore. Per essa si ammette come, nell'applicare quell'articolo, l'unica ricerca da farsi sia quella di vedere « se l'erede od il legatario si trovasse in « rapporto al testatore in quella cerchia di parentela nella quale « viene *in massima* ammessa nelle successioni legittime la rap- « presentazione ». Per essa, infine, si viene a condannare, come erronea, la dottrina che facendo del diritto di rappresentazione la base direttiva della disposizione, vorrebbe portare la ricerca a vedere « se i discendenti dell'erede o del legatario premorto « od incapace sarebbero *effettivamente* chiamati per diritto di « rappresentazione alla eredità del testatore ove questo fosse « morto senza testamento ».

Ora cotesti principii, che noi abbiamo dimostrato essere fondati nella storia completa dell'istituto giuridico di che si tratta, che abbiamo veduto reggersi solidamente contro ogni critica e vincere ogni opposto sistema, abbiamo fiducia che sieno per divenire quindi innanzi norma sicura della nostra giurisprudenza; e valgano a far sì che la provvida disposizione dell'art. 890 di « questa umana legge fortunatamente risorta in Italia, e le cui « norme dobbiamo gelosamente conservare » (1) sia sempre applicata in modo corrispondente agli equi e savi intendimenti dai quali venne inspirata.

AVV. MARCO DIENA.

(1) Parole di BORSARI (opera l. c. § 1910 in nota).

APPENDICE XXVIII.

Giurisprudenza italiana in materia di competenza per le successioni aperte all'estero

---

CORTE DI APPELLO DI FIRENZE

(Udienza 9 dicembre 1882)

(BLANC (avv. BALLERINI) c. TRAFFORD (avv. FIL. SERAFINI)).

Nel 18 dicembre 1878 morì in St. Julien (Francia) nell'età di anni 85, Francesco Clemente Trafford o Trufford, oriundo inglese, ma dimorante in St. Julien fin dal 1851.

Morì lasciando diversi testamenti olografi coll'ultimo de' quali, che è del 4 novembre 1878, istituì suo erede universale ed esecutore testamentario Enrico Blanc di Gallipoli (Ohio), negli Stati Uniti d'America.

Francesco Guglielmo Clemente Trafford, che nell'asserta sua qualità di figlio legittimo e naturale del defunto pretende avere diritto a conseguire la di lui eredità in esclusione dell'erede testamentario adì il presidente del tribunale di prima istanza di St. Julien ed all'appoggio di un atto dell'ufficiale dello stato civile di Napoli che lo diceva nato in quella città nell'8 marzo 1821 dal matrimonio di Francesco Clemente Trafford con Carmela Pedata, nonchè di un atto di notorietà eretto in Losanna il dì 31 ottobre 1878, e constatante la identità della persona del defunto con quella che il predetto atto di nascita indicava come padre del neonato, domandò in contradditorio del notaro Adriano Boimont, delegato a rappresentare gli eredi assenti del testatore, che tutti i valori e i capitali di spettanza del defunto collocati su fondi pubblici di Francia, o all'estero e presso banchieri ed altri particolari fossero posti sotto sequestro finchè non venisse statuito sulla validità delle disposizioni fra i vivi, o di ultima volontà del ridetto Francesco Clemente Trafford-Trufford e sui diritti al richiedente competenti nella sua qualità di unico e legittimo figlio del medesimo.

Il presidente del tribunale, riconosciuta la convenienza di adottare nei limiti della sua competenza territoriale la misura conservativa invocata dal ricorrente, con ordinanza del 9 gennaio 1879, dispose che i detti titoli e valori appartenenti alla successione del defunto e che esistevano nel territorio di St. Julien dovessero rimanere provvisoriamente sotto sequestro ed

essere depositati nella cassa dei depositi e consegne francese finchè non fosse ordinato altrimenti.

In base a tale ordinanza il nominato signor Francesco Guglielmo Clemente Trafford, per atto di usciere del 22 gennaio 1879, ordinò alla Banca A. Guarducci e C., e alla Direzione generale del Debito Pubblico del regno d'Italia, di non consegnare ad alcuno, e rispettivamente di non eseguire qualsiasi operazione sui titoi i di rendita di spettanza del defunto Francesco Clemente Trafford-Trufford e in ispecie sul certificato nominativo di rendita di lire 20,270 consolidato 5 % iscritto sul gran libro del Debito Pubblico italiano sotto dì 29 dicembre 1876 intestato del suddetto Francesco Clemente Trafford-Trufford e dalla divisata Banca ritenuto; e ciò finchè dai competenti tribunali non fosse deciso sui diritti e sulla quota ad esso competenti sulla eredità del titolare dei titoli stessi.

Nel 4 marzo successivo previa autorizzazione dei pretore del II Mandamento di Firenze, il ricordato signor Trafford fece nelle mani della sudetta Banca e della preavvertita Direzione formale sequestro di tutti i titoli e valori nominativi appartenenti al fu Clemente Trafford-Trufford iscritti sul gran libro del Debito Pubblico italiano, ed in ispecie del certificato nominativo di rendita di lire 6000 consolidato 5 % iscritto dallo stesso Trafford-Trufford nel 29 dicembre 1876 in testa di Blanc Giulio, Augusto, Francesco Enrico di Giovanni Francesco Giulio col vincolo di usufrutto a favore di Trafford Francesco Guglielmo di Clemente.

Ciò eseguito il ridetto signor Trafford nella dedotta sua qualità di unico figlio ed erede legittimo del fu Francesco Clemente Trafford-Trufford promosse contro l'erede testamentario signor Enrico Blanc due separati giudizi di petizione di eredità. Ne introdusse uno avanti il tribunale di circuito di Zurigo nella cui giurisdizione era allora domiciliato, iniziò l'altro a Londra, ove il defunto aveva parte delle sue sue sostanze. Promosse il primo nel 28 agosto 1879, e quello ebbe fine; promosse il secondo nel 2 agosto 1881 e questo pende ancora.

Nel giudizio da lui introdotto avanti il tribunale di Zurigo nacquero cinque diverse sentenze.

Nel 3 maggio 1882 il tribunale di circuito di Zurigo, giudicando in via preliminare sulla questione di filiazione sollevatasi fra le parti al seguito delle eccezioni del convenuto, proferì sentenza con cui decise che l'attore aveva giustificato di essere figlio legittimo e naturale del defunto.

Nel 10 settembre dello stesso anno 1881 la Corte o Camera di appello del Cantone di Zurigo, pronunziando sull'appello interposto contro la sentenza di primo grado dal convenuto, la rivocò, ritenendo che l'attore non avesse conclusa la detta prova.

Nel dì 6 febbraio 1882 il tribunale di cassazione di Zurigo sospese il ricorso avanzato alla sua volta dal signor Trafford avverso la sentenza della Corte di appello.

Tornata la causa nel merito avanti il tribunale di circuito di Zurigo, quel tribunale, con sentenza del 25 marzo 1882, definitivamente rigettò la domanda del ridetto signor Trafford sul fondamento che essendo stato in modo irretrattabile deciso che egli non avesse dimostrato di essere figlio legittimo del testatore, a senso del § 1941 del codice civile di Zurigo, nessun diritto necessario potesse il medesimo vantare sull'eredità in questione quand'anche il disponente lo avesse riconosciuto come suo figlio naturale.

Di comune accordo coll'intimato, il soccumbente sig. Trafford, tralasciando di appellare dalla detta sentenza al tribunale di 2.ª istanza cantonale, la deferì direttamente alla cognizione del tribunale federale, ed il suo appello appoggiò a due distinti motivi; disse col 1.° che colla detta sentenza erano state violate le disposizioni della legge federale relative allo stato civile, per non avere le pronunzie su cui fondavasi riconosciuto come prova sufficiente della qualità di figlio legittimo del testatore la dichiarazione che circa il suo stato personale si leggeva sul registro dello stato civile di Riesbach, ed in cui era qualificato tale; disse col 2.° che la impugnata sentenza aveva di più violato la legge federale nelle disposizioni riguardanti la legislazione da osservarsi intorno al modo di provare il matrimonio, perchè, in ordine alla massima *locus regit actum*, universalmente ricevuta ed apprezzata, e accolta pure dalla stessa legge federale, la questione di sapere se potesse dirsi provato il matrimonio dei suoi genitori, non doveva essere risoluta siccome fu, con i principii della francese legislazione, ma secondo quelli del diritto comune e secondo le canoniche costituzioni; e ciò per le ragioni che, ogni qualvolta dal prodotto atto di nascita risultava che, quando esso nacque, la madre sua era in età di soli anni diciannove, il matrimonio di lei, col fu Francesco Clemente Trafford, non poteva essere avvenuto che fra il 1814 o il 1821, e così in epoca in cui non era più in vigore in Napoli la legislazione francese, ma il gius comune, il quale agli effetti della legittimità e successione dei figli non esigeva che il matrimonio dei genitori fosse provato mediante il relativo atto di stato civile ed analogo certificato, ma si contentava del riconoscimento paterno, purchè di questo constasse, come si verificava in concreto, da un pubblico documento.

Con sentenza del 19 maggio 1882 il tribunale federale di Losanna confermò in ogni sua parte la sentenza del tribunale cantonale, ritenendo che nessuno dei due motivi dell'appello meritasse accoglimento. Non aver base quello consistente nella pretesa violazione delle disposizioni della legge federale relativa ai registri dello stato civile, perchè, se è vero che quella legge stabilisce che in tutto il territorio della confederazione debbono esser tenuti, e come i registri delle nascite, dei matrimonii e delle morti, nulla però dispone a riguardo della efficacia probatoria degli altri registri, che per le leggi cantonali

gli ufficiali di stato civile dei singoli cantoni sono autorizzati a tenere oltre quelli prescritti dalla costituzione federale, essendo altronde un manifesto errore che la Camera di appello ed il tribunale di cassazione di Zurigo opponessero come provata che la filiazione vantata dal ricorrente risultasse dallo stesso registro delle nascite del Comune di Riesbach. La sola annotazione che esisteva sul di lui conto nei registri dello stato civile di Riesbach era quella che si trovava nel registro di famiglia di quel Comune, il quale è un registro dello stato civile prescritto dalla legge federale e regolato unicamente dalla legge cantonale, l'applicazione della quale non rientra nella competenza del tribunale federale. Nei registri delle nascite non poteva esistere nè a Riesbach, nè in altro Comune della Svizzera, alcuna annotazione di questo genere, inquantochè il ricorrente non era figlio di cittadino svizzero, nè era nato in quel paese.

Nè più fondato ritenne l'altro motivo dell'appello, con cui dicevasi violata la regola, *locus regit actum*, riconosciuta e sanzionata anche dalla legge federale, perchè, se non può mettersi in dubbio che la costituzione federale del 29 maggio 1874 è applicabile anche ai matrimonii che già esistevano quando entrò in vigore, il signor Trafford mancò per altro di provare che a quell'epoca il matrimonio dei suoi genitori sussistesse ancora.

Volendo il signor Blanc valersi delle sentenze 25 marzo e 19 maggio 1882 emanate dal tribunale del circuito di Zurigo e da quello federale 2-3 settembre p. p., citò il signor Trafford a comparire avanti questa Corte d'appello, e proponendo analogo giudizio di delibazione, nei sensi e per gli effetti indicati dall'art. 941 del codice di procedura civile, domandò che le dette sentenze fossero dichiarate liberamente eseguibili in Italia.

A tal domanda il convenuto signor Trafford si oppose, rilevando:

1.° Che la sentenza del tribunale di Zurigo del 25 marzo 1882, confermata dal tribunale federale, fu pronunziata incompetentemente

2.° Che, quando anche il detto tribunale fosse stato competente a pronunziarla, ad accordarne la esecutorietà, osterebbe la pendenza della lite da lui introdotta a Londra avanti l'alta Corte di giustizia allo scopo di farsi dichiarare unico figlio ed erede legittimo del fu Francesco Clemente Trafford.

3.° Che le sentenze di delibazione, per essere eseguibili in Italia, dovrebbero essere esecutive in Svizzera, lo che non è provato.

4.° Che il solo procedimento esecutivo a cui Blanc potesse qui aspirare in base delle sentenze su citate, consisterebbe nello scioglimento del sequestro da esso Trafford eseguito sui titoli di rendita suddivisati, il quale nella specie sarebbe inammes-

sibile a fronte dei diritti che indubitabilmente gli competono sulla eredità in questione nella non controversa sua qualità di figlio nato dal matrimonio ecclesiastico del fu Clemente Trafford colla Carmela Pedata.

Attesochè per l'art. 941 del codice di procedura civile le ispezioni, che la Corte di appello deve anche d'ufficio, assumere nei giudizii di delibazione delle sentenze estere consistono in vedere:

1.° Se la sentenza o sentenze, di cui si chiede la eseguibilità, sono state pronunziate da un'autorità giudiziaria competente.

2.° Se siano state proferite, citate regolarmente le parti.

3.° Se le parti siano state regolarmente rappresentate o legalmente contumaci.

4.° Se le sentenze contengono disposizioni contrarie all'ordine pubblico, o al diritto pubblico interno del Regno.

Attesochè nella specie, in ordine alle sentenze di cui si tratta, non si fa, nè potrebbe farsi questioni delle osservanze delle forme, di cui ai numeri 2 e 3 del succitato art. 941. Invero nel giudizio nel quale nacquero le dette sentenze, la parte contro cui se ne domanda la eseguibilità figurò come attrice, e tanto essa che il convenuto vi comparvero con l'assistenza di un avvocato patrocinante. Le ragioni, per le quali il sig. Trafford ne contende la esecutorietà, riguardano la giuridica efficacia delle medesime sotto altri e diversi punti di vista, cioè sotto quello della competenza dell'autorità giudiziaria dalla quale furono emanate, sotto l'altro della pendenza d'altra lite sul medesimo oggetto, dinanzi ad altro tribunale, e finalmente nel rapporto della loro intrinseca ed estrinseca capacità e potenza esecutiva.

Attesochè, a proposito dell'estremo concernente la competenza dell'autorità giudiziaria che la emanò è manifesto che, sì per le leggi del luogo nel quale furono pronunziate, che per quelle del paese in cui il fu Francesco Clemente Trafford cessò di vivere, il tribunale di Zurigo non era competente a giudicare sulla questione deferita al di lui esame. Non lo era per le prime perchè pel § 212 del cod. di proc. civile di Zurigo le cause riguardanti eredità o legati e le azioni dei creditori di una eredità verso la successione, finchè la divisione non sia ultimata, sono di competenza del tribunale del luogo di residenza del testatore.

« *Les procès concernants héritages et legs, ainsi que toutes* « *les actions d'un procès des créanciers d'un héritage envers* « *la succession, sont de la compétence, aussi longtemps que la* « *division n'a pas été faite du tribunal du lieu de résidence* « *du testateur* ». Non lo era per le seconde perchè l'art. 59 del codice di procedura civile francese in materia di successione, fino alla divisione inclusivamente, il convenuto deve essere citato davanti il tribunale del luogo ove la successione si apre.

« En matière personelle le défendeur sera assigné... En ma-
« tière de succession — 1.° sur les demandes entre héritiers jus-
« qu'au partage inclusivement... devant le tribunal du lieu où
« la succession est ouverte ». A senso delle riferite disposizioni non ricorrevano nella specie le condizioni di fatto che, tanto per l'una come per l'altra legislazione si sarebbero richieste onde il tribunale di Zurigo potesse essere competentemente adito, imperocchè, al giorno dell'aperta successione, il fu Francesco Clemente Trafford non era domiciliato nè residente nel Cantone di Zurigo, ma in Saint-Julien, ove aveva fissata la sua dimora fino dal 1854. Nè ad attribuire al detto tribunale la competenza di cui ritennesi investito poteva valere la circostanza di avere acquistato il fu Francesco Clemente Trafford la cittadinanza di Riesbach, frazione del Cantone di Zurigo, fin dal 1812, perchè oltre al non essere provato che il medesimo avesse perduta la originaria sua nazionalità e cittadinanza inglese, il § 212 sopra citato del cod. di proc. civ. di Zurigo non parla di nazionalità e cittadinanza, ma di residenza, laddove stabilisce quale è l'autorità dinanzi a cui debbono essere introdotte le azioni relative a eredità, o a legati, o a rediti che taluno vanti verso una successione.

Attesochè il tribunale di Zurigo mancava di competenza per giudicare sulle domande del signor Trafford anche per le speciali disposizioni sancite nella soggetta materia del codice di procedura civile oggi fra noi in vigore. Essendo in fra le parti incontroverso in fatto che i certificati di rendita summenzionati costituiscono la maggior parte della sostanza ereditaria del defunto, a termini dell'art. 94 di detto codice il tribunale, che il signor Trafford avrebbe dovuto adire, per chiedere nella pretesa sua qualità di unico figlio ed erede legittimo del testatore di essere ammesso nel possesso della eredità in questione, era quello di Firenze nella cui giurisdizione si trovavano i relativi titoli e valori; dappoichè l'italiano legislatore, dopo avere nel citato articolo disposto che le azioni in petizione o divisione dell'eredità si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione, ossia nell'ultimo domicilio del defunto (cod. civ. art. 923) nel capoverso dell'articolo stesso stabilì: « Quando la successione siasi aperta fuori del Regno, si pro-
« pongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta
« la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi, e
« in difetto, davanti quella del luogo in cui il convenuto ha
« domicilio o residenza ». Senza che a disapplicare dal caso concreto tale disposizione possa valere il dire che nella specie si tratta della successione di uno straniero in contesa fra due stranieri, perchè, secondo la più moderna e prevalente giurisprudenza delle Corti del Regno, la disposizione del ripetuto art. 94 è applicabile senza distinzione di cose o di persone, e cioè sia che si tratti di beni mobili od immobili, sia che si tratti di cittadini italiani, e di stranieri (*Annali*, vol. 8, p. 1.ª,

Vedemmo come egli dichiarasse estremo necessario all'applicabilità dell'articolo 890 « esser quello che l'erede istituito « od il legatario abbia discendenti, che per diritto di rappre« sentazione succederebbero al de cujus *ove morisse intestato* ». Ora questa formula potrebbe, contro le intenzioni del proponente, portare a conseguenze ch'egli stesso combatte, potrebbe giustificare, contro il proposito dell'autore, decisioni analoghe a quella pronunciata dalla Corte di Casale.

Siccome infatti il diritto di rappresentazione non può applicarsi, come dicevano i pratici, *per saltum et omisso medio,* così qualora si affermi che per l'articolo 890 non possa concedersi la surrogazione che a coloro i quali succederebbero al de cujus *ove morisse intestato,* bisognerebbe concludere che la stessa regola sia da rispettarsi anche nei casi dal detto articolo contemplati.

Laonde, facendo applicazione della formula del Pacifici-Mazzoni, alla specie da cui abbiamo preso le mosse per ragionare intorno a questa materia, supposto cioè che si tratti appunto di vedere: « se il pronipote sottentri nel legato disposto dal « suo bisavolo a favore della di lui madre premorta al testa« tore, sebbene sia tuttora superstite la figlia del testatore me« desimo, ava del nipote, che aspira al legato », è manifesto che noi saremmo condotti ad una soluzione, opposta a quella che pur secondo le idee dell'egregio scrittore vuol essere sostenuta, ed è vera.

Supposto infatti il bisavolo conte P.... *morto intestato,* la sua eredità sarebbe pervenuta alla di lui figlia, ava del fanciullo lasciato dalla legataria nipote. Laonde non potrebbe dirsi che questo fanciullo succederebbe per diritto di rappresentazione al conte P...., se da quell'eredità sarebbe anzi interamente escluso per la esistenza dell'ava; e quindi ragionando coll'accennata formula non potrebbe per lui applicarsi il disposto dell'art. 890 nemmeno quanto al legato.

Ben è vero che questa conclusione verrebbe respinta da altre considerazioni, che pur si leggono nello splendido trattato del Pacifici-Mazzoni, anzi che la stessa sua formula è quasi da lui medesimo condannata, laddove combattendo la sentenza casalese mostra la necessità di tener conto della frase testuale adoperata dalla legge (*se si trattasse di successione testamentaria*) (1). Ma questa stessa necessità, in cui l'illustre scrittore trovossi indotto di dover quasi riformare e correggere nelle applicazioni la regola da lui proposta, è una novella prova della erroneità del principio da cui essa fu tratta, per cui a tutta ragione possiamo anche noi rifiutarla.

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, opera e vol. citati, pag. 313.

VI.

Conclusione.

Per controllare la verità del nostro modo di considerare la legge, abbiamo dovuto, forse con ardire soverchio, combattere le opinioni di alcuni fra i più eminenti nostri giureconsulti, di quelli, alle opere dei quali siamo soliti di ricorrere quotidianamente col massimo rispetto, per attingervi le più sincere norme ed i maggiori lumi a guidarci nella difficile opera della interpretazione delle leggi.

Ma ci conforta a credere che non errammo nel nostro giudizio vedendo come esso possa dirsi oggimai sorretto dall'autorità d'una delle più reputate magistrature del regno.

La decisione 5 aprile 1876 della Corte suprema di Torino, cassando la surriferita sentenza di quella di Casale, proclamò per la prima volta, a nostro credere, il vero principio regolatore della retta applicazione di quell'articolo, e mette un suggello di verità a questo studio, che avevamo dovuto già intraprendere e compiere quasi affatto, prima che quella decisione fosse resa di pubblica ragione.

In essa è riconosciuto come la disposizione del capoverso dell'art. 890 importi una *tacita sostituzione,* stabilita dalla legge per supplire alla mancanza della sostituzione espressa, che si presume voluta implicitamente dal testatore. Per essa si ammette come, nell'applicare quell'articolo, l'unica ricerca da farsi sia quella di vedere « se l'erede od il legatario si trovasse in « rapporto al testatore in quella cerchia di parentela nella quale « viene *in massima* ammessa nelle successioni legittime la rap- « presentazione ». Per essa, infine, si viene a condannare, come erronea, la dottrina che facendo del diritto di rappresentazione la base direttiva della disposizione, vorrebbe portare la ricerca a vedere « se i discendenti dell'erede o del legatario premorto « od incapace sarebbero *effettivamente* chiamati per diritto di « rappresentazione alla eredità del testatore ove questo fosse « morto senza testamento ».

Ora cotesti principii, che noi abbiamo dimostrato essere fondati nella storia completa dell'istituto giuridico di che si tratta, che abbiamo veduto reggersi solidamente contro ogni critica e vincere ogni opposto sistema, abbiamo fiducia che sieno per divenire quindi innanzi norma sicura della nostra giurisprudenza; e valgano a far sì che la provvida disposizione dell'art. 890 di « questa umana legge fortunatamente risorta in Italia, e le cui « norme dobbiamo gelosamente conservare » (1) sia sempre applicata in modo corrispondente agli equi e savi intendimenti dai quali venne inspirata.

AVV. MARCO DIENA.

---

(1) Parole di BORSARI (opera l. c. § 1910 in nota).